

UNIVERSIDAD DE LAS AMERICAS
FACULTAD DE DERECHO

LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN LA LEGISLACIÓN
ECUATORIANA

TRABAJO DE TITULACION PRESENTADO EN CONFORMIDAD
A LOS REQUISITOS PARA OBTENER EL TITULO DE DOCTOR
EN JURISPRUDENCIA

Profesor Guía: Guerrero C. Jaqueline

Autor: Yépez Navas Esteban Danilo

2009

RESUMEN

El presente estudio trata sobre la aplicación de medios electrónicos como instrumentos probatorios de acuerdo a la legislación ecuatoriana, siendo el principal objetivo el determinar los principios básicos y complejos que se requieren para esta práctica. En este contexto, inicialmente se aborda el tema de la prueba como generalidad y los principios procesales aplicables a esta institución; se mencionan algunas definiciones y fines, como establecer la verdad y se anota que su objeto debe ser las proposiciones positivas propuestas por las partes. El procedimiento probatorio comprende las fases de producción, asunción, valoración y actos propios del juez. Los medios de prueba tradicionales son los mencionados en el Código de Procedimiento Civil. La prueba debe ser valorada bajo sistemas inquisitivos y dispositivos o de prueba tasada o libre valoración.

En el segundo capítulo se trata sobre los tipos de pruebas electrónicas específicos como mensajes de datos, instrumentos públicos electrónicos, firmas electrónicas y sus certificados; así como de las disposiciones constitucionales y otras normas que regulan la materia. La Teoría de la Prueba se aplica específicamente, aspectos como naturaleza jurídica, fuerza probatoria, procedimiento de producción, admisibilidad, impugnación, valoración judicial; la utilización de una Jurisprudencia para el análisis explica el uso y apreciación que se da a estas pruebas.

El tercer capítulo se refiere a los problemas y la necesidad de las pruebas judiciales en su seguridad y posibles soluciones a estos problemas. Los errores en el texto de la ley y el reglamento, la falta de tratados internacionales aplicables y la necesidad de respetar las normas del debido proceso.

ÍNDICE TEMÁTICO

RESUMEN.....	1
ABREVIATURAS.....	7
INTRODUCCIÓN.....	8
Capítulo I: Aspectos Teóricos de la Prueba.....	10
1.1. Sobre la Prueba.....	10
1.1.1. Principios en Materia Probatoria.....	10
1.1.2. Definiciones, Fines.....	12
1.1.2.1. Definiciones.....	14
1.1.2.2. Fines y Objeto de la prueba.....	15
1.1.2.2.1. Fines.....	15
1.1.2.2.2. Objeto.....	16
1.1.2.2.2.1. Hechos que no necesitan prueba.....	20
1.1.3. Fases del Procedimiento Probatorio.....	21
1.1.4. Distinción entre fuentes y medios de prueba.....	22
1.2. Medio de Prueba tradicionales.....	23
1.2.1. Confesión.....	23
1.2.1.1. Naturaleza Jurídica.....	23
1.2.1.2. Definición.....	24
1.2.1.3. Clases de confesión.....	24
1.2.1.4. Requisitos.....	25
1.2.1.5. Juramento.....	26
1.2.2. Prueba Documental.....	27

1.2.2.1. Definición.....	27
1.2.2.2. Tipos de documentos.....	28
1.2.2.3. Valor Probatorio de los documentos.....	30
1.2.2.4. Exhibición de documentos.....	32
1.2.3. Prueba testimonial.....	33
1.2.3.1. Características y diferencias con la confesión.	34
1.2.3.2. Testigos idóneos, requisitos.....	35
1.2.4. Inspección Judicial.....	36
1.2.4.1. Naturaleza jurídica y definición.....	36
1.2.5. Prueba pericial y de intérpretes.	37
1.2.5.1. Naturaleza y definición.....	37
1.3. Métodos de valoración de la prueba.....	38
1.3.1. Sistemas dispositivo e inquisitivo.	38
1.3.1.1. Sistema dispositivo.....	39
1.3.1.2. Sistema inquisitivo.....	40
1.3.2. Sistemas de tarifa legal y libre valoración de la prueba.....	41
1.3.2.1. Prueba tasada o de tarifa legal.	41
1.3.2.2. Libre apreciación de la prueba.	43
1.4. Conclusiones.....	45
Capítulo II: Los nuevos medios electrónicos de prueba.....	46
2.1. Regulación en el Sistema Jurídico Ecuatoriano.....	47
2.1.1. Disposiciones Constitucionales.....	47
2.1.2. Normas Sustantivas.....	48
2.1.3. Normas Adjetivas.....	50

2.2. Tipos de Instrumentos Probatorios Electrónicos.....	53
2.2.1. Mensaje de datos, documentos electrónicos.	53
2.2.1.1. Definición.....	53
2.2.1.2. Presunciones y reconocimientos jurídicos.	55
2.2.1.3. Clasificación.....	58
2.2.1.4. Elementos, Requisitos y Validez Jurídica.....	60
2.2.1.5. Documentos Públicos Electrónicos: Definición y Formalidades	62
2.2.2. Firma Electrónica.....	64
2.2.2.1. Definición.....	65
2.2.2.2. Requisitos.....	71
2.2.2.3. Efectos y funciones.....	74
2.2.2.4. Validez Jurídica.....	75
2.2.2.5. Certificados de Firma Electrónica.....	76
2.2.2.5.1. Clases de certificados de firma electrónica.....	77
2.2.2.5.2. Validez Jurídica de Certificados.....	78
2.2.3. Aplicación particular de la Teoría de la Prueba a los medios probatorios mencionados.....	82
2.2.3.1. Naturaleza Jurídica.....	82
2.2.3.1.1. Fuentes y medios de prueba electrónica.....	83
2.2.3.2. Eficacia y fuerza probatoria.....	84
2.2.3.2.1. Principio de aptitud natural probatoria.....	86
2.2.3.2.1.1. Documento con firma electrónica certificada.....	90
2.2.3.2.1.2. Documento carente de firma digital certificada.....	90
2.2.3.2.2. Hechos.....	92
2.2.3.2.3. Contratos.....	93

2.2.3.2.4. Evidencia penal.....	94
2.2.3.3. Procedimiento y producción de prueba electrónica.....	95
2.2.3.3.1. Presentación de documentos electrónicos.....	95
2.2.3.3.1.1. Documentos con firma electrónica.....	96
2.2.3.3.1.2. Documento carente de firma electrónica.....	97
2.2.3.3.2. Exhibición de documentos electrónicos.....	98
2.2.3.3.3. Inspección Judicial.....	99
2.2.3.3.4. Casos que requieren examen pericial.....	101
2.2.3.3.5. Contradicción e impugnación de pruebas electrónicas.....	104
2.2.3.4. Relevantes casos de prueba electrónica.....	105
2.2.3.5. Anotaciones sobre principios procesales aplicables a la admisibilidad de prueba electrónica.....	111
2.2.3.5.1. Admisibilidad de pruebas electrónicas.....	113
2.2.3.6. Valoración judicial de la prueba electrónica.....	115
2.2.3.6.1. Autenticidad.....	115
2.2.3.6.2. Integridad.....	117
2.2.3.6.3. Originalidad.....	118
2.2.3.6.4. No repudio.....	120
2.2.3.6.5. Confidencialidad.....	121
2.2.3.6.6. Veracidad.....	124
2.2.4. Análisis Jurisprudencial.....	125
2.2.4.1. Contenido de la demanda y contestación.....	126
2.2.4.2. Pruebas apreciadas y resolución de Primera Instancia.....	127
2.2.4.3. Pruebas y sentencia de la Sala de Apelación.....	128
2.2.4.4. Recurso de Casación.....	128

2.2.4.5. Conclusión del caso.....	130
2.3. Conclusiones capitulares.....	131
Capítulo III: La necesidad de la práctica de prueba electrónica en el contexto jurídico actual.....	133
3.1. Problemas propios de los instrumentos.....	133
3.1.1. Amenazas Naturales.....	135
3.1.2. Seguridad de instrumento e información electrónica.....	137
3.2. Cuestiones normativas internas e internacionales.....	140
3.2.1. Inconvenientes de la Ley especial y su reglamento.....	140
3.2.2. Carencia de Tratados Internacionales aplicables.....	145
3.2.3. Respeto de las Garantías del Debido Proceso.....	148
3.3. Conclusiones.....	150
CONCLUSIONES DEL TRABAJO.....	152
BIBLIOGRAFÍA.....	162
ANEXOS.....	168

ABREVIATURAS

CRE	Constitución de la República del Ecuador.
CPC	Código de Procedimiento Civil.
CC	Código Civil.
C. de Co.	Código de Comercio.

CP	Código Penal
CPP	Código de Procedimiento Penal.
C. de P. C. Col	Código de Procedimiento Civil Colombiano
CONATEL	Concejo Nacional de Telecomunicaciones
INTERPOL	International Criminal Police Organization
LCE	Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.
LIPFD	Ley sobre inmunidades, privilegios y franquicias diplomáticas
LET	Ley Especial de Telecomunicaciones
LODC	Ley Orgánica de Defensa del Consumidor
LOTAIP	Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
Reg. LCE	Reglamento de la Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos.
UNCITRAL/CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

INTRODUCCIÓN

A lo largo del desarrollo de la ciencia jurídica mucho se ha dicho sobre la forma de probar en juicio; actualmente esta materia se robusteció con nuevos medios, gracias a la tecnología que permite al ser humano desarrollar más y mejores sistemas comunicacionales y de expresión del pensamiento. Los instrumentos electrónicos han reemplazado a gran cantidad de los usados en el pasado, es

el caso del correo convencional, el envío de cartas ha caído en desuso y sólo se usa para el envío de mercaderías u objetos personales. La conexión global mediante Internet y su potencial reemplazo por una Red tecnológicamente superior, son cuestiones de estudio y objetivos de la sociedad humana cuyo desarrollo se da en base al acceso a información y expedita comunicación. Los medios electrónicos en el futuro serán de uso común y conforme se desarrolle la técnica serán reemplazados.

Los mensajes de datos, firmas electrónicas, certificados de firma, páginas electrónicas, etc., son tipos de prueba desarrollados en el pasado cercano; cada uno tiene características y usos distintos, los mismos que serán analizados en lo posterior. El desarrollo de las telecomunicaciones y la informática obliga al profesional del derecho a capacitarse sobre estos temas para formular postulados básicos de actuación conforme su preparación. Tarea que no resulta fácil y que depende de la consulta de doctrina, jurisprudencia y elaboración y promulgación de leyes en base a preceptos legales de universal aplicación, concordantes con la realidad global. La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos permite un estudio más organizado de la prueba electrónica y sus implicaciones, es una herramienta importantísima para el Ecuador en el contexto actual y faculta a los ciudadanos hacer valer sus derechos bajo el reconocimiento del Derecho Positivo de nuevas formas de manifestación de la voluntad humana. Existe la necesidad latente de concordar esta materia con normas que trascienden el tiempo y que han observado comúnmente la materia probatoria, éstas consisten en práctica o presentación, admisibilidad de medios, incorporación, valoración y otros actos

procesales o administrativos necesarios para la plena aplicación, vigencia y uso de los medios probatorios electrónicos.

La fiabilidad de las telecomunicaciones electrónicas y el desarrollo de Internet permiten a jueces y abogados el acceso a medios probatorios más certeros, veraces e identificados con la realidad. La inviolabilidad de las comunicaciones es una de las características con las que se desarrolla todo medio, sin embargo, la destreza del pensamiento humano combinado con el ánimo de realizar actividades ilícitamente han terminado por atentar contra la seguridad de toda red de información, sin embargo esta es la excepción a la regla y los medios informáticos y electrónicos gozan de muchísima confidencialidad y confiabilidad. El desarrollo de la técnica paulatinamente dotará a los sistemas de seguridad de mayores niveles de fiabilidad, en el futuro se prevé la creación de sistemas de inteligencia artificial capaces de solucionar cualquier atentado o incidente, por lo cual se prevé una prueba electrónica avanzada conforme el desarrollo tecnológico y de la sociedad de la información.

CAPÍTULO I

Aspectos Teóricos de la Prueba

1.1. Sobre la Prueba

La prueba es la institución jurídica cuyo objeto es motivar las acciones iniciadas en procesos tanto judiciales como administrativos; nace de la obligación de

demostrar los hechos que se proponen afirmativamente¹. El sistema jurídico enumera taxativamente a los medios de prueba, establece criterios básicos para su apreciación y reglas para su práctica con apego a las normas del debido proceso.

1.1.1. Principios en Materia Probatoria

La práctica de una prueba eficaz esta sujeta a los siguientes principios²: a) necesidad de la prueba para la motivación de decisiones judiciales³; b) unidad de la prueba en su apreciación⁴; c) comunidad o adquisición, incorporadas al expediente despliegan su eficacia a favor o en contra de quien las produjo⁵; d) contradicción, la parte frente a quien se practica una prueba tiene el derecho de conocerla y rebatirla⁶; e) formalidad y legitimidad de la prueba conforme a los requisitos expresados en la legislación, pedida por las partes o de oficio por el

¹ **Art. 113 CPC.-** Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo. El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa. El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. Impugnados en juicio una letra de cambio o un pagaré a la orden, por vía de falsedad, la prueba de ésta corresponderá a quien la hubiere alegado.

² CABRERA, Benigno, Teoría general del proceso y la prueba, ED. Gustavo Ibáñez, Bogotá 1996. 114

³ **Art. 115 CPC.-** La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.

Art. 276 CPC.- En las sentencias y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión.

No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda instancia y de casación, por la mera referencia a un fallo anterior.

Art. 115 CPP.- Si el imputado, al rendir su testimonio, se declare autor de la infracción, ni el juez ni el tribunal quedarán liberados de practicar los actos procesales de prueba tendientes al esclarecimiento de la verdad.

⁴ Ib. Art. 115 CPC.

Art. 86 CPP.- Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica.

⁵ Ib.

⁶ **Art. 119 CPC.-** El juez, dentro del término respectivo, mandará que todas las pruebas presentadas o pedidas en el mismo término, se practiquen previa notificación a la parte contraria.

Art. 120 CPC.- Toda prueba es pública, y las partes tienen derecho de concurrir a su actuación.

juez, en los casos expresados en aquélla⁷; f) originalidad de la prueba, se debe referir de manera directa y única a los hechos⁸; g) libertad de las partes de pedir las pruebas que estimen convenientes para respaldar su pretensión⁹; h) pertenencia y conducencia de la prueba, implica su idoneidad en el proceso¹⁰; i) naturalidad y espontaneidad en su práctica, debe ser originada por medios lícitos y sin fraude, violencia o engaño¹¹; j) intermediación, el juez debe presenciar toda práctica probatoria¹²; k) preclusión o eventualidad, debe realizarse en el momento dispuesto por las normas¹³; l) dispositivo e inquisitivo, las pruebas pueden ser pedidas por las partes y por el juez en mayor o menor

⁷ **Art. 117 CPC.-** Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio.

Art. 80 CPP.- Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.

Art. 83 CPP.- La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito.

⁸ **Art. 116 CPC.-** Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio

⁹ **Art. 121 CPC.-** Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos.

Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema.

Art. 114 CPC.- Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley.

Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario.

¹⁰ Loc. Cit. Art. 116 CPC.

¹¹ Loc. Cit. Art. 117 CPC, 83 CPP.

¹² **Art. 79 CPP.-** Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces penales.

Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción Fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio.

¹³ Loc. Cit. Art. 117 CPC, 79 CPP.

oportunidad¹⁴; y, m) lealtad y veracidad de la prueba, no debe usarse para ocultar o deformar la realidad¹⁵.

1.1.2. Definiciones y Fines.

ENRICO FERRI, sociólogo, ha manifestado que existieron cinco fases del desarrollo probatorio histórico¹⁶; el primer momento denominado étnico supone la formación de sociedades primitivas y las pruebas dependían del empirismo de las expresiones personales, típicamente representado en los juzgamientos de delitos flagrantes. El segundo periodo denominado fase religiosa supeditaba la prueba a los llamados juicios de Dios y ordalías donde se practicaban “peritaciones divino-legales” que servían para convencer a la autoridad –por lo general eclesiástica- de la culpabilidad del reo. La tercera etapa denominada legal, se caracteriza por una preponderancia de la ley, determina los medios de prueba y una jerarquía específica, en la cual el grado más alto es ocupado por la confesión judicial –la reina de las pruebas-. Durante la cuarta fase denominada sentimental se permite al juez apreciar libremente las pruebas, utilizando su convicción íntima -sana crítica-; este sistema es actualmente utilizado en los regímenes occidentales. El quinto intervalo o fase científica supone el futuro probatorio, en el cual la prueba es aportada en informes periciales con el objeto de simplificar los hechos mediante resultados experimentales.

La palabra castellana encuentra su origen etimológico en la voz latina *probus*, cuyo significado es bueno, correcto, recto, honrado. Es decir, lo probado es lo

¹⁴ Loc. Cit. Art. 79 CPP.

¹⁵ **Art. 81 CPP.**- Se reconoce el derecho de toda persona a no autoincriminarse.

¹⁶ Cabrera, Ob. Cit., Pág. 346

irreprochable y auténtico, en definitiva implica verificar o autenticar la veracidad de un hecho o de una proposición. La prueba judicial o contenciosa implica la confrontación de las versiones que las partes han afirmado, por medio de sus justificaciones y datos presentados, además de las nociones que el juez se pueda procurar.

Se entienden tres acepciones de prueba, la primera se refiere a los elementos que se utilizan para probar, mientras que la segunda a la actividad de probar la exactitud o no de una situación fáctica determinada-fuente y medio-; por último se entiende en conjunto como elemento de convicción del juzgador al resolver un proceso. A decir de FLORIAN se distinguen tres aspectos: *“la manifestación formal, el contenido sustancial y el resultado subjetivo”*¹⁷.

1.1.2.1. Definiciones

El CPC no contempla una definición de prueba. El profesor Benigno Cabrera¹⁸ ha recopilado las siguientes definiciones:

CARRARA “Es todo aquello que nos sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición”¹⁹.

CARAVANTES: “La averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa, o bien producción de los elementos de convicción que somete el litigante, en la forma que la ley previene, ante el juez, para justificar la verdad de los hechos alegados en el pleito”²⁰.

¹⁷ FLORIAN, Eugenio, De las pruebas penales, T. I, Ed. Temis, Bogotá, 1976, Pág. 43, Cita de Ib., Pág. 348.

¹⁸ CABRERA, Benigno, Ob. Cit. Pág. 348

¹⁹ CARRARA, Francesco, Teoría General del Proceso, T. III, Pág. 17. Citado por Ib.

²⁰ CARAVANTES, José de Vicente, Tratado crítico-filosófico de los procedimientos judiciales, Pág. 121. Cita de Ib.

BENTHAM: “Es un hecho supuesto o verdadero que se considera destinado a servir de causa de credibilidad para la existencia o inexistencia de otro hecho”²¹.

PIETRO CASTRO: “Es la actividad que desarrollan las partes con el Tribunal para llevar al juez la convicción de la verdad de una afirmación o para fijarla a los efectos del proceso”²².

GUASP: “La prueba es un intento de conseguir en convencimiento psicológico del juez con respecto a la existencia, la veracidad o falsedad de los datos mismos”²³.

COUTURE: “Es una labor histórica del juez, puesto que analiza hechos ocurridos con anterioridad al proceso, y una tarea de las partes para llegar al convencimiento psicológico del juez acerca de la verdad de los hechos alegados”²⁴.

BACRE: “La actividad realizada por los sujetos del proceso, a través de los medios autorizados por la ley, previstos o no por ésta, con el fin de lograr la convicción judicial respecto de la existencia o inexistencia de los hechos alegados como fundamento de la pretensión o de la defensa”²⁵.

DEVIS ECHANDÍA: “Es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimiento aceptados por la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza de los hechos”²⁶.

²¹ BENTHAM, Jeremías, Las pruebas judiciales, Pág. 32, Cita de Ib.

²² CASTRO, Pietro, Derecho Procesal Civil, T. I, Pág. 453. Cita de Ib.

²³ GUASP, Jaime, Derecho procesal civil, Pág. 320, Citado por Ib. Pág. 349

²⁴ COUTURE, Eduardo J., Fundamentos derecho procesal civil, Pág. 217 Citado por Ib.

²⁵ BACRE, Aldo, Teoría general del proceso, T. III, Pág. 18 Citado por Ib.

²⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de derecho procesal, T. II, Pág. 8, Cita de Ib.

1.1.2.2. Fines y Objeto de la prueba

1.1.2.2.1. Fines

Los principales fines de la prueba se manifiestan de la siguiente forma:

- a) *Establecer la verdad.*- Para algunos tratadistas este es el fin último de la prueba, idea sometida a crítica, ya que al final del proceso la decisión puede no estar apegada a la *identidad del pensamiento de la cosa*, esto resulta simplemente de la deducción que el juez realiza, es pues, certeza y no verdad.
- b) *Fijar los hechos materia del proceso.*- Lo que implica la tasación de la prueba, teoría que no es considerada como obligatoria en regímenes de derecho, solamente en algunos casos expuestos por la ley.
- c) *Convencer al juez o determinar su certeza subjetiva.*- Algunos tratadistas sostienen que la verdad es objetiva mientras que la certeza es subjetiva. Aquélla es la identidad de la realidad mientras que ésta es la apreciación que se tiene sobre la verdad, la vinculación de ambas en sentencia no siempre es efectiva, por esta razón otros doctrinarios dividen estos dos conceptos.

El fin de la prueba según nuestra legislación procesal es la comprobación fáctica de las afirmaciones (Art. 113 CPC Loc. Cit.), la motivación de las resoluciones judiciales (Art. 115 CPC Loc. Cit.), el esclarecimiento de la verdad (Art. 118 CPC Loc. Cit.); en materia de procedimiento penal el principal fin es establecer la existencia de la infracción y la responsabilidad del reo²⁷.

²⁷ **Art. 85 CPP.**- La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado.

1.1.2.2.2. Objeto

El objeto de la prueba son los hechos que se alegan en la demanda y específicamente, los hechos afirmativos, que sirven como fundamento de la pretensión. Las situaciones fácticas pueden constituir, impedir, modificar o extinguir el ejercicio de una prerrogativa determinada –en contratos bilaterales, la contraprestación dependerá del cumplimiento de la causa o precio-. Pueden ser un hecho real o simplemente hipotético e inclusive natural, toda actividad valiosa para el hombre puede ser probada; las legislaciones permiten probar el derecho de otros Estados, en conflictos de derecho internacional privado por ejemplo y mediante certificación del agente diplomático.

La prueba debe referirse a los temas a los que se refiere el debate o la confrontación en el juicio, así la actividad probatoria se enfoca en los hechos materiales o psíquicos que sirvan como presupuesto para la aplicación de las normas jurídicas alegadas en cada proceso, conforme la disposición del artículo 116 del CPC (Loc. Cit.); la ley adjetiva penal lo delimita como la correcta investigación del caso²⁸.

El artículo 113 (Loc. Cit.), determina que el objeto de la prueba son únicamente hechos positivos, la negación de éstos no es susceptible de actividad probatoria, a menos que contengan afirmación explícita o implícita. Así se determina en el artículo 113 (Loc. Cit.)

Se distinguen dos ámbitos sobre el objeto de la prueba, el abstracto y el concreto. El primero se refiere al universo de realidades susceptibles de

²⁸ **Art. 84 CPP.-** Se deben probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta investigación del caso, por cualquiera de los medios previstos en este Código.

actividad probatoria, sin tomar en cuenta los casos particulares de cada proceso. La segunda categoría restringe estos aspectos y se refiere a las referidas en cada proceso concretamente.

Tradicionalmente la doctrina ha establecido una distinción entre cuestión de hecho y cuestión de derecho, la solución radica en que las primeras deben ser probadas, mientras que la otra categoría no es susceptible de prueba. SILVA MELERO siguiendo a WACH determina que: “(...) *cuestión de hecho es todo aquello que no exige una operación jurídica o aplicación de una norma de derecho (...)*²⁹”. Esta división tradicional ha sido criticada, sin embargo es la más adecuada para cumplir el fin de entender este aspecto.

La manifestación específica del objeto de la prueba siempre dependerá respecto de cada rama del derecho y del tipo de juicio que se inicie. En General se entiende que son las afirmaciones. Sin embargo cabe realizar el siguiente análisis según la categoría jurídica respectiva:

a) *Naturaleza Civil y Mercantil.*- Consisten en las alegaciones afirmativas y negativas que implícitamente contengan una premisa positiva. Sin embargo se debe analizar cada clase de juicio en esta materia; así en juicios típicamente declarativos como el ordinario se debe demostrar los hechos que originan el derecho, en juicios sumarios los hechos que generaron, en algunos casos la obligación, y principalmente sus intereses, frutos, daños y perjuicios, entre otros; por otro lado en juicios ejecutivos corresponde la prueba de ciertas

²⁹ SILVA MELERO, Valentín, La Prueba Procesal, ED. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, Pág. 51

condiciones de ejecutividad de la obligación, como ser claras, líquidas, puras y de plazo vencido en caso de haberlo.

b) Proceso Penal.- “(...) la prueba deberá versar sobre la existencia del “hecho delictuoso” y las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen o justifiquen”³⁰. Asimismo debe servir para identificar autores, cómplices, encubridores e instigadores, inclusive detalles sobre éstos, como su salud mental. La esfera probatoria penal se puede delimitar además con “(...) la hipótesis que originó el proceso, de modo directo (v. gr., extremos de imputación; daño causado) o indirecto (v. gr., relación de amistad del testigo con el imputado)³¹”. No es indispensable la prueba sobre la verdad de las injurias.

c) Asuntos Laborales.- La legislación laboral es muy superficial en cuanto a este aspecto, el objetivo establecido para las diligencias probatorias es esclarecer la verdad de los hechos de materia del juicio. Sin embargo las pruebas del juicio laboral pueden referirse específicamente a la relación de trabajo, sus condiciones, existencia, vigencia, remuneraciones entre otros; el desempeño del trabajador y el cumplimiento de sus obligaciones así como aquellas establecidas para el empleador. Además, prima en cierta medida la prueba documental como por ejemplo contratos, actas de finiquito, roles de pago, etc., los mismos que permiten establecer el desarrollo de las actividades laborales.

d) Materia contencioso-administrativa.- Se debe justificar la existencia de las resoluciones de la administración pública y que hayan causado estado. La ley establece la libertad de las partes para solicitar las pruebas de las que se crean

³⁰ CAFFERATA NORES, José, La Prueba en el Proceso Penal, ED. De Palma, Bs. Aires, 1998, Pág. 29.

³¹ Ib. Pág. 30

asistidos, dependiendo del universo de hechos que puedan ser probados, según el correspondiente acto administrativo, hecho administrativo o acto de simple administración que se deba desvirtuar. Por otro lado establece que, si la *litis versare* únicamente sobre hechos eminentemente jurídicos no se deberán presentar pruebas y el Tribunal deberá fallar sin sustanciación especial.

e) *Naturaleza Fiscal*.- El Código Tributario establece principios similares a los civiles, en cuanto a la necesidad de prueba de afirmaciones y negaciones que impliquen un hecho positivo. Además las diligencias probatorias en materia fiscal deben buscar desvirtuar la presunción de legitimidad que reviste a actos, hechos y resoluciones administrativas-tributarias, por otro lado aquellas que han sido impugnadas deben ser ratificadas por medio de pruebas de legitimidad a cargo de la administración tributaria.

1.1.2.2.1. Hechos que no necesitan prueba.

Existen hechos que no requieren ser probados durante un proceso. Entre ellos están los siguientes³²:

- a) Hechos notorios (*notoria non egent probatione*); b) hechos confesados o admitidos por las partes; c) los hechos materia de cosa juzgada; d) los hechos indefinidos. (“...bajo el valor de una negativa se oculta una afirmación decisiva o terminante”³³, “...lo indefinido es lo que no puede probarse”³⁴); e) los hechos presumidos

³² CABRERA, Benigno, Ob. Cit., Pág. 359-363

³³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba, T. I, Pág. 203 Cita de Cabrera, Ob. Cit. 361

³⁴ *Ibidem*, Pág. 362.

legalmente³⁵; f) los hechos evidentes; g) los hechos normales; y, h) los hechos irrelevantes, inconducentes, impertinentes.

1.1.3. Fases del Procedimiento Probatorio.

Por si misma, la prueba es una fase del proceso judicial o administrativo, e inclusive se puede solicitar un anticipo de la misma con apego a las normas vigentes³⁶. La denominada fase de prueba obedece al siguiente esquema³⁷:

<u>I. Producción</u>	<i>i. Averiguación.-</i> Determinar los medios conducentes para demostrar los hechos; deber de las partes en el procedimiento civil y del fiscal en el penal.
	<i>ii. Aseguramiento.-</i> Evitar desvirtuación o pérdida de pruebas. (Cadena de custodia).
	<i>iii. Proposición y presentación.-</i> Proponen el juez y las partes. La presentación se da cuando la parte aduce y el juez admite.
	<i>iv. Admisión, orden y decreto.-</i> Mediante expedición de un auto, previa calificación de legalidad y conducencia.
	<i>v. Recepción y práctica.-</i> La primera se da en una simple agregación al expediente, la práctica cuando se solicita y se debe llevar a cabo el procedimiento probatorio.
<u>II. Asunción</u>	Percepción sensorial y aprehensión mental de la prueba por el

³⁵ Loc. Cit. Art. 114 CPC.

Art. 87 CPP.- Las presunciones que el juez o tribunal obtenga en el proceso estarán basadas en indicios probados, graves, precisos y concordantes.

Art. 88 CPP.- Para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario: 1. Que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho; 2. Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones; y, 3. Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean: a) Varios; b) Relacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí; c) Unívocos, es decir que, todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y, d) Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente.

³⁶ Artículos 117, 119 y 120 CPC Loc. Cit. y Vid. Art. 119, 252 y 292 CPP

³⁷ Basado en lo manifestado por Cabrera, Ob. Cit., Pág. 376-378. Loc. Cit. Art. 83 CPP, 117 CPC.

	juez.
<u>III. Valoración</u>	Determinar la fuerza probatoria de cada elemento. Función que le corresponde al juez y que se manifiesta en sentencia.
<u>IV. Diversas operaciones del proceso mental de valoración de las pruebas.</u>	<ul style="list-style-type: none"> i. Aspectos básicos de la función valorativa: percepción, representación y razonamiento. ii. Función fundamental de la lógica (sana crítica). iii. Imaginación, psicología, sociología y otros conocimientos científicos y técnicos.

1.1.4. Distinción entre fuentes y medios de prueba

El término fuente de prueba se refiere a conceptos preprocesales de una realidad. Por otro lado el medio de prueba es un concepto íntimamente relacionado al derecho procesal y a los procedimientos judiciales. En el primer caso nos referimos a personas y sus conocimientos y hechos, los cuales responden a una verdad fáctica cuyo vínculo es indirecto a la actividad jurídica y requieren la aplicación de preceptos y procesos de ley para ser incorporadas como pruebas en procedimientos y juicios, y en definitiva ser considerados como medios de prueba, éstos típicamente se representan en las diligencias probatorias mencionadas por normas adjetivas. La noción de una persona sobre un hecho o materia no puede ser valorada sin haber obedecido un procedimiento probatorio que permita a las autoridades judiciales e inclusive administrativas su apreciación razonada, por ejemplo en el caso de la prueba testimonial y de la misma confesión judicial; asimismo se refiere a los conocimientos científicos humanos que en principio se consideran fuente de

prueba y en juicio como medio de prueba gracias al uso de un examen pericial.

La fuente es lo sustancial y material: el medio, lo adjetivo y formal³⁸.

Las fuentes de prueba pueden ser de distinto tipo y encontrarse en actividades cotidianas del ser humano, un correo electrónico constituye un ejemplo marcado, se convierte en medio cuando ha sido presentado como mensaje de datos, conforme las normas que se analizan posteriormente.

1.2. Medios de Prueba tradicionales.

El CPC establece los medios de prueba cuya incorporación o práctica se puede solicitar ante una autoridad judicial³⁹. Adicionalmente la ley procesal penal establece su propia clasificación de pruebas⁴⁰. La LCE introdujo a la enumeración tradicional los instrumentos materia de este estudio, es así que la codificación vigente del mencionado código adjetivo los contempla entre los medios de uso cotidiano.

El presente análisis abordará en primer momento los principales medios tradicionales de prueba como son: la confesión de parte, instrumentos, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictámenes de peritos o intérpretes. En el siguiente capítulo se abordará específicamente los medios de prueba electrónica.

³⁸ Betancor, Daniel, Teoría General de la Prueba Civil, publicado en <http://www.monografias.com/trabajos47/prueba-civil/prueba-civil.shtml>, visitada el 26 de febrero de 2009 a las 19h48.

³⁹ Loc. Cit. Art. 121 CPC.

⁴⁰ **Art. 89 CPP.-** En materia penal las pruebas son materiales, testimoniales y documentales.

1.2.1. Confesión

1.2.1.1. Naturaleza Jurídica.

Existen varias tesis sobre su naturaleza jurídica⁴¹:

a) Considerada como una declaración bilateral de voluntad, de naturaleza sustancial y negocial; b) como una declaración unilateral de voluntad, de naturaleza sustancial y negocial; c) como un acto de voluntad pero de naturaleza procesal y no como un medio de prueba; y, d) como un medio de prueba, de naturaleza procesal, consistente en una declaración de conocimientos.

1.2.1.2. Definición

DEVIS ECHANDÍA sostiene que:

“...confesión es un medio de prueba judicial, que consiste en una declaración de ciencia o conocimiento, expresa, terminante, seria, hecha conscientemente, sin coacciones que destruyan la voluntariedad del acto, por quien es parte en el proceso en que ocurre o es admitida, sobre hechos personales o sobre el conocimiento de otros hechos perjudiciales a quien la hace o a su representado, según el caso o simplemente favorables a su contraparte en ese proceso”⁴².

El artículo 122 del CPC define a la confesión judicial como: “es la declaración o reconocimiento que hace una persona, contra sí misma, de la verdad de un hecho o de la existencia de un derecho. Se considera a la confesión judicial

⁴¹ Cabrera, Ob. Cit., Pág. 387-388.

⁴² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Cita de Cabrera, Ob. Cit., Pág. 389.

como parte de la cuarta tesis. Recae sobre hechos o sobre la existencia de un derecho”.

1.2.1.3. Clases de confesión.

La confesión puede ser de las siguientes clases⁴³:

- a) Judiciales o extrajudiciales; b) espontáneas o provocadas; c) escritas u orales; d) preconstituidas o constituidas; e) documentales e indocumentales; f) expresa o ficta; y, g) simple o compuesta y compleja o calificada.

1.2.1.4. Requisitos.

A criterio del profesor CABRERA⁴⁴ los requisitos más importantes de la confesión son los siguientes:

- a) el confesante debe tener capacidad para realizarla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado; b) versar sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; c) recaer sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba; d) ser expresa, consciente y libre; e) versar sobre hechos personales del confesante o de los que conozca; f) debe contener contestación pura y llana del hecho o hechos preguntados⁴⁵; g) debe estar precedida de un juramento⁴⁶.

⁴³ Cabrera, Benigno, Ob. Cit., Pág. 390-391.

⁴⁴ Ib. Pág. 391.

⁴⁵ **Art. 123 CPC.-** Para que la confesión constituya prueba es necesario que sea rendida ante el juez competente, que se haga de una manera explícita y que contenga la contestación pura y llana del hecho o hechos preguntados.

⁴⁶ Vid. Art. 133 CPC.

El procedimiento ordenado en el CPC se encuentra en el artículo 127 y obedece al esquema que se detalla en el ANEXO 2.

1.2.1.5. Juramento

El juramento como medio de prueba ha sido ampliamente analizado. El derecho romano no le daba la categoría probatoria⁴⁷, más bien lo entendían como una especie de transacción; una nueva teoría habría de manifestar que es un acto dispositivo del derecho controvertido; actualmente se critican ambas tendencias y se sostiene que el juramento es un medio de prueba similar a la confesión⁴⁸.

Las diferencias con la confesión se pueden enunciar así⁴⁹:

- a) El juramento solamente se puede solicitar en juicio, la confesión puede ser extra o prejudicial;
- b) El juramento decisorio requiere que quien lo rinda tenga la voluntad de que el hecho quede probado con esa diligencia, el confesante puede no tener este ánimo;
- c) El juramento tiene efectos probatorios favorables al declarante, en la confesión lo favorable es una simple declaración;
- d) El juramento puede ser provocado, la confesión es voluntaria;
- e) Los hechos sobre los que versa el juramento es siempre decisivo, mientras que la confesión puede recaer sobre circunstancias fácticas principales o accesorias;
- y, f) El juramento es un medio de prueba obligatorio en

⁴⁷ Para PETIT, Eugene. Adriano negaba esto y la clasifica como prueba jusjurandum in iudicio.

⁴⁸ Cabrera, Ob. Cit., Pág. 404.

⁴⁹ Ib., Pág. 405-407

los procesos que la ley ordene, la confesión no es obligatoria en ningún caso y puede ser reemplazada por otros medios de prueba.

El juramento deferido tiene dos tipos, decisorio y estimativo⁵⁰. El primero reemplaza la prueba a la que una de las partes pudiera haber renunciado, el segundo se utiliza para estimar la suma de dinero.

El CPC ha establecido al juramento como parte de la confesión⁵¹ y sujeta su valor probatorio a requisitos⁵². La ley dispone la finalización del pleito por medio del juramento decisorio⁵³. Surten efectos contra quien lo solicitó o prestó⁵⁴.

1.2.2. Prueba Documental.

1.2.2.1. Definición.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define al documento como:

Procedente del latín *documentum*. **1.** Diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, principalmente de los históricos. **2.** Escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo. **Auténtico:** El que está autorizado o legalizado. **Privado:** El que, autorizado por las

⁵⁰ **Art. 162 CPC.-** Si constando de los autos probada la obligación, no hubiere medio de acreditar la estimación o importe de ella, o el valor de los daños y perjuicios, el juez podrá deferir al juramento del acreedor o perjudicado; pero tendrá en todo caso, la facultad de moderar la suma si le pareciere excesiva.

⁵¹ **Art. 148 CPC.-** Cualquiera de las partes puede deferir a la confesión jurada de la otra, y convenir en que el juez decida la causa según esa confesión.

⁵² **Art. 149 CPC.-** No se considerará decisorio el juramento, si no se ha pedido expresamente con esta calidad.

Art. 150 CPC.- No puede deferirse al juramento, sino cuando deba recaer sobre un hecho que sea personal y concerniente a la parte a quien se defiere.

Art. 151 CPC.- Pedido este juramento en cualquier estado de la causa, debe ordenarlo el juez.

⁵³ **Art. 159 CPC.-** El juramento decisorio termina el pleito. El juez fallará interpretando dicho juramento.

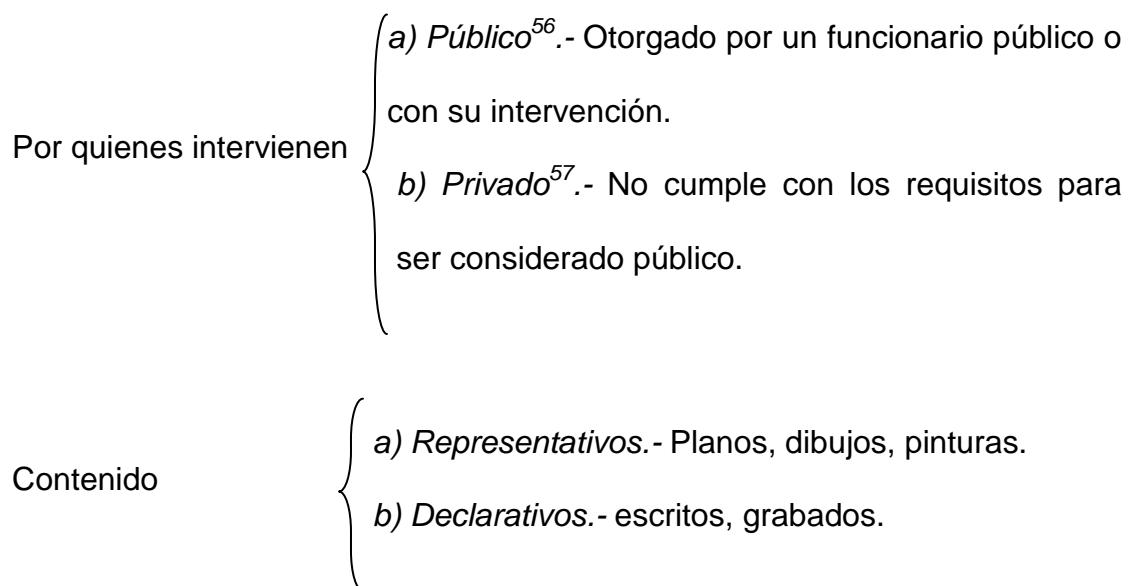
⁵⁴ **Art. 161 CPC.-** El juramento decisorio únicamente produce efecto con relación a quien lo pidió o prestó, y nunca respecto de terceros.

partes interesadas, pero no por funcionario competente, prueba contra quien lo escribe o sus herederos. **Público:** El que, autorizado por funcionario para ello competente, acredita los hechos que refiere y su fecha.

Según GUILLERMO CABANELLAS es el *“Instrumento, escritura, escrito con que se prueba, confirma o justifica alguna cosa o, al menos, que se aduce con tal propósito”*⁵⁵.

1.2.2.2. Tipos de documentos

Los documentos se pueden clasificar con relación al siguiente esquema:



⁵⁵ Diccionario Jurídico Elemental, ED. Heliasta, Bogotá, 2000, Pág. 134.

⁵⁶ **Art. 164 CPC.**- Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública.

Se consideran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.

⁵⁷ **Art. 191 CPC.**- Instrumento privado es el escrito hecho por personas particulares, sin intervención de notario ni de otra persona legalmente autorizada, o por personas públicas en actos que no son de su oficio.

Declarativos	{	<ul style="list-style-type: none"> a) Simplemente declarativos. b) Dispositivos. c) Contenido testimonial y confesorio. d) Instrumentales y no instrumentales. e) Negociales y no negociales f) Ad solemnitatem o ad substantium actus o ad probationem. g) Auténticos o no auténticos. h) Públicos y privados. i) Originales, copias y compulsas. j) Nacionales o extranjeros.
--------------	---	---

Los documentos públicos se clasifican según lo expuesto en el artículo 165 del CPC según los siguientes criterios:

a) Autorización por cargo o empleo:

- Diplomas.
- Decretos.
- Mandatos.
- Edictos.
- Provisiones.
- Requisitorias.
- Exhortos.
- Otras providencias emitidas por autoridad competente.

b) Procedimientos y actuaciones gubernativas o judiciales.

- Certificaciones
- Copias.
- Testimonios de actuación.

c) Documentos con intervención notarial

- Actos unilaterales ejecutados por escritura pública.
 - Convenios celebrados con fe de notario.
- d) Libros y actuaciones de otros funcionarios y empleados del Estado: Libros y registros parroquiales, del teniente político y en general de todos quienes representan al Estado con sujeción a la ley.

A su vez los documentos privados se clasifican según lo dispone el CPC en el artículo 193 de la siguiente forma:

Documentos privados	{	<p>Los vales simples y las cartas.</p> <p>Las partidas de entrada y las de gasto diario.</p> <p>Los libros administrativos y los de caja.</p> <p>Las cuentas extrajudiciales.</p> <p>Los inventarios, tasaciones, presupuestos extrajudiciales y asientos privados.</p> <p>Actos o contratos que no requieren instrumento público.</p>
---------------------	---	--

1.2.2.3. Valor Probatorio de los documentos.

El valor probatorio de los documentos se expresa en el CPC. Se puede enumerar los siguientes principios:

- a) *Instrumentos públicos*⁵⁸. - El documento público hace prueba plena, a menos que se demuestre lo contrario o si fueron celebrados en oposición a las normas⁵⁹.

⁵⁸ Loc. Cit. Art. 164 CPC

⁵⁹ **Art. 166 CPC.**- El instrumento público hace fe, aún contra terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha; pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace fe sino contra los declarantes. Las

- b) *Instrumento público ad substantiam actus*⁶⁰.- Algunos actos determinados en la ley solamente se pueden celebrar mediante instrumento público o con apego a solemnidades específicas.
- c) *Documentos privado auténtico*⁶¹.- Tienen el mismo valor que el instrumento público. Es aquel del que se tiene certeza sobre la persona que lo suscribe. Debiendo ser reconocida su firma y rúbrica⁶² ante notario o juez.
- d) *Documento privado no auténtico*.- Carece de fuerza probatoria, excepcionalmente es aceptada de forma sumaria –principio de prueba- si ha sido suscrito por testigos⁶³, la legislación procesal permite autentificarlos⁶⁴.
- e) *Copias*⁶⁵ y *compulsas*⁶⁶.- Se les otorga valor si han sido suscritas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial con orden del juez.

obligaciones y descargos contenidos en él hacen prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular. Se otorgará por escritura pública la promesa de celebrar un contrato, si, para su validez, se necesita de aquella solemnidad, conforme a las prescripciones del Código Civil.

⁶⁰ (v. gr.) **Art. 1740 (Código Civil)**.- La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes:

La venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, o conste, en los casos de subasta, del auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito.

Los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio, y los que naturalmente adhieren al suelo, como piedras y sustancias minerales de toda clase, no están sujetos a la excepción del inciso segundo.

⁶¹ Loc. Cit. Art. 191 CPC.

⁶² **Art. 194 CPC**.- El instrumento privado en que una persona se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o en que confiesa haberla recibido o estar satisfecha de alguna obligación, hace tanta fe como un instrumento público en los casos siguientes, siempre que la ley no prevenga la solemnidad del instrumento público: 1. Si el que lo hizo o mandó hacer lo reconoce como suyo ante cualquier juez civil, notario público o en escritura pública; 2. Si el autor del documento se niega a reconocerlo, sin embargo de orden judicial; 3. Si habiendo muerto el autor, o negado ser suyo, o estando ausente de la República, dos testigos conformes y sin tacha declaran en el juicio haber visto otorgar el documento a su autor, o a otra persona por orden de éste; a no ser que el asunto sobre que verse el instrumento exija para su prueba mayor número de testigos; y, 4. Si la parte contra quien se presenta el documento no lo redarguye de falso ni objeta su legitimidad, dentro de tres días contados desde que se le citó y notificó la presentación aunque no lo reconozca expresamente ni se pruebe por testigos.

⁶³ Cabrera, Ob. Cit. Pág. 445

⁶⁴ **Art. 196 CPC**.- Para los efectos del número 2 del Art. 194, el juez hará comparecer, por medio de los agentes de justicia, al que deba realizarlo; y si, compareciendo éste, se negare a expresar si reconoce o no el documento, o eludiere esta expresión con palabras ambiguas o de cualquier otro modo, el juez declarará reconocido el documento; sin perjuicio de que, a petición de parte, se exija aquella expresión por los medios establecidos en el Art. 132. El documento así reconocido constituirá título ejecutivo.

f) *La ley extranjera.*- Debe ser certificada por un agente diplomático⁶⁷.

1.2.2.4. Exhibición de documentos

La legislación procesal permite esta diligencia si instrumentos privados, originales o copias, se encuentran en poder de la otra parte o un tercero⁶⁸, como medida preparatoria⁶⁹ y en juicio especial⁷⁰, además si la copia auténtica de un instrumento público se halla en su poder si es imposible determinar la procedencia de su original.

⁶⁵ **Art. 174 CPC.-** En las copias y compulsas mandadas dar judicialmente, se insertarán las actuaciones que el juez, a solicitud de parte señalare.

⁶⁶ **Art. 175 CPC.-** Las compulsas de las copias de una actuación judicial o administrativa y en general toda copia con valor de instrumento público, no harán fe si no se dan por orden judicial y con citación o notificación en persona o por una boleta a la parte contraria, o sea a aquélla contra quien se quiere hacer valer la compulsas.

Los poderes no están sujetos a esta disposición.

Tampoco hará fe la escritura referente sin la referida, ni la accesoria sin la principal; pero si ésta o la referida se hubiere perdido en un incendio, terremoto, robo, etc., la referente o la accesoria hará fe en los capítulos independientes de aquélla; y en los demás, sólo se considerará como un principio de prueba por escrito.

⁶⁷ **Art. 189 CPC.-** El litigante que funde su derecho en una ley extranjera, la presentará autenticada; lo cual podrá hacerse en cualquier estado del juicio.

La certificación del respectivo agente diplomático sobre la autenticidad de la ley, se considerará prueba fehaciente.

⁶⁸ **Art. 822 CPC.-** Si el que se presume tenedor de dichos documentos o cosas, confiesa que se hallan en su poder, será obligado a la exhibición.

⁶⁹ **Art. 64 CPC.-** Todo juicio principia por demanda; pero podrán preceder a ésta los siguientes actos preparatorios: (...) 2. Exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción; 3. Exhibición y reconocimiento de documentos (...).

Art. 65 CPC.- Puede pedirse como diligencia preparatoria o dentro de término probatorio, la exhibición de libros, títulos, escrituras, vales, cuentas y, en general, de documentos de cualquier clase que fueren, incluyendo los obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología, siempre que se concreten y determinen, haciendo constar la relación que tengan con la cuestión que se ventila o que ha de ser materia de la acción que se trate de preparar. Pero no podrá solicitarse la exhibición de los testimonios o copias de instrumentos públicos cuya matriz u original repose en los archivos públicos, de los cuales pueden obtenerse nuevas copias, sin ningún otro requisito, a menos que en las copias existan cesiones o anotaciones. Si no existiere la matriz u original, se sacarán compulsas de las copias exhibidas.

Cuando se trate de la exhibición de libros o cuentas que formen parte de otras, se presentarán únicamente para la copia o compulsas de la partida del libro o cuenta relacionada con la cuestión que se ventile, o para el examen pericial, en su caso. La copia o compulsas la verificará, a presencia del juez, el respectivo secretario, y el examen se hará por el juez y los peritos, con intervención del secretario, debiendo, cuando el juez lo crea conveniente o alguna de las partes lo solicite, obtenerse copias fotográficas de la partida, acta o cuenta materia del examen. Dichas copias o compulsas y copias fotográficas constituirán prueba.

⁷⁰ **Art. 821 CPC.-** Si se solicita la exhibición de cosas muebles, o de documentos que deben exhibirse, para fundar una demanda o para contestarla, se dispondrá que dentro de tres días haga la exhibición la persona de quien se la pide.

Se podrán exhibir cosas muebles, en caso de inmuebles, se requiere inspección judicial; además los libros de los comerciantes, así como los registros de facturas, limitándose a la materia de la litis, toda acción que atente contra este mandato no podrá ser apreciada en juicio con grado de prueba.

1.2.3. Prueba testimonial.

Es aquella que proviene de un tercero sin interés en el proceso. Se presenta principalmente mediante la narración de hechos anteriores a la etapa procesal, por esto es considerada una prueba indirecta. El profesor Antonio Rocha la define así:

...es el relato que hace una persona de hechos de que ha tenido conocimiento directo o indirecto. El testimonio como prueba judicial, es decir, como la narración oral de hechos ante el juez del proceso, civil o penal, bajo juramento y con las formalidades legales, como cualquier narración se dirige a alguien en este caso al juez, y supone un diálogo que el juez autoriza o preside, y refrenda el secretario, fundamentalmente susceptible de conainterrogación, contradicción y publicidad por la contraparte o por el Ministerio Público⁷¹.

1.2.3.1. Características y diferencias con la confesión.

A criterio de CABRERA⁷² se caracteriza por lo siguiente:

⁷¹ Cabrera, Ob. Cit. Pág. 408.

⁷² Ib., Pág. 409.

- a) medio de prueba por representación personal; b) histórica; c) prueba circunstancial; d) prueba subjetiva; e) no es declaración de voluntad, sino de ciencia; f) el testigo es una persona ajena al juicio.

En cuanto a las diferencias respecto de la confesión se puede mencionar las siguientes:

- a) La confesión es una declaración de la parte interesada, el testimonio es una manifestación de un tercero que no tiene interés en el proceso.
- b) La confesión puede ser una expresión de voluntad y pensamiento, el testimonio solo puede manifestar lo segundo.
- c) La confesión puede determinar la responsabilidad del confesante sobre una situación jurídica específica o su creación, modificación o extinción; el testimonio de un tercero no conlleva ninguno de estos presupuestos – excepto en los casos de perjurio-.

1.2.3.2. Testigos idóneos, requisitos.

El CPC⁷³ determina los requisitos que los testigos deben cumplir para testificar en juicio. En definitiva se puede decir que el testigo debe ser plenamente capaz, es decir ser mayor de edad; debe ser un ciudadano de comprobada honestidad, debe haber presenciado los hechos por si mismo –se prioriza el

⁷³ **Art. 208 CPC.-** Para ser testigo idóneo se necesita edad, probidad, conocimiento e imparcialidad. Esto no obstante, en conformidad con lo que dispone el artículo anterior, el juez puede fundar su fallo en la declaración del testigo que no reúna todas las condiciones aquí enumeradas, cuando tenga el convencimiento de que el testigo ha declarado la verdad.

testimonio presencial al referencial- y debe mantener una identidad objetiva, sin que su testimonio pueda afectar a una u otra de las partes. El Código permite el testimonio de personas que no reúnan estas calidades⁷⁴, pero su testimonio puede ser calificado excepcionalmente por el juez.

Para entender mejor la capacidad de los ciudadanos para testificar en juicio se debe mencionar la legislación adjetiva⁷⁵ que enumera los casos de falta de probidad de una persona. Asimismo se observa los casos en los que el sujeto puede faltar a la imparcialidad⁷⁶.

1.2.4. Inspección judicial

1.2.4.1. Naturaleza jurídica y definición.

⁷⁴ **Art. 209 CPC.-** Por la falta de edad no pueden ser testigos idóneos los menores de dieciocho años; pero, desde los catorce, podrán declarar para establecer algún suceso, quedando al criterio del juez la valorización de tales testimonios.

La misma apreciación hará el juez respecto de la declaración del testigo, cuando el suceso hubiere ocurrido antes de que el testigo haya cumplido catorce años.

Art. 211 CPC.- No hará fe el testimonio de quien, sin ser ebrio consuetudinario, declare lo que vio u oyó cuando estuvo completamente embriagado.

Art. 217 CPC.- Sin embargo de lo dispuesto en el artículo que precede, pueden ser testigos los parientes, compadres y padrinos en las causas que versen sobre edad, filiación, estado, parentesco o derechos de familia.

⁷⁵ **Art. 213 CPC.-** Por falta de probidad no son testigos idóneos: 1. Los de mala conducta notoria o abandonados a los vicios; 2. Los enjuiciados penalmente por infracción que merezca pena privativa de libertad, desde que se dicte el auto de llamamiento a juicio en un proceso que tenga por objeto un delito sancionado con pena de reclusión, hasta la sentencia absolutoria, o hasta que hayan cumplido la condena; 3. Los condenados por falsedad, robo, perjurio, soborno, cohecho y el que ejerce la profesión de abogado sin título, mientras se hallen cumpliendo la condena; 4. Los deudores fraudulentos; y, 5. Los que, por aparecer frecuentemente dando testimonios en otros juicios, infundan la sospecha de ser personas que se prestan para rendir declaraciones falsas.

⁷⁶ **Art. 216 CPC.-** Por falta de imparcialidad no son testigos idóneos: 1. Los ascendientes por sus descendientes, ni éstos por aquéllos; 2. Los parientes por sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; 3. Los compadres entre sí, los padrinos por el ahijado o viceversa; 4. Los cónyuges o convivientes en unión de hecho entre sí; 5. El interesado en la causa o en otra semejante; 6. El dependiente por la persona de quien dependa o le alimente; 7. El enemigo o el amigo íntimo de cualquiera de las partes; 8. El abogado por el cliente, el procurador por el mandante, o viceversa; 9. El tutor o curador por su pupilo, o viceversa; 10. El donante por el donatario, ni éste por aquél; y, 11. El socio por su coasociado o por la sociedad.

De la inspección judicial se puede decir que es el examen y reconocimiento realizado por parte del juez, de los hechos que corresponden al proceso. Recae sobre el hecho propiamente materia del proceso o de la cosa litigiosa o controvertida⁷⁷ u otros que sirvan para esclarecer la verdad.

BECERRA BAUTISTA la define como “...examen sensorial directo realizado por el juez, en personas u objetos relacionados con la controversia”⁷⁸. Se realiza por medio de los cinco sentidos humanos, coloca al juez de manera directa con los hechos objeto de la prueba; permite llegar a una certeza sin la presencia de otros medios. Esta diligencia puede ser solicitada por cualquiera de las partes en el término de prueba, además la legislación le otorga al juez la facultad de ordenar su realización, de oficio, de creerlo conveniente en la sustanciación del juicio. Se puede solicitar como medida preparatoria.

El procedimiento de inspección se explica en el ANEXO 3.

1.2.5. Prueba pericial y de intérpretes.

1.2.5.1. Naturaleza y definición

Tradicionalmente se le ha dado el carácter de prueba a los informes o dictámenes periciales, le otorga al juez elementos de convicción acerca de los hechos litigiosos; esto a pesar de ser un medio expuesto por una persona totalmente ajena a los hechos y a las personas. En definitiva se dice que es un dictamen científico de un experto en ciencia, técnica o arte; temas específicos,

⁷⁷ **Art. 242 CPC.-** Inspección judicial es el examen o reconocimiento que el juez hace de la cosa litigiosa o controvertida, para juzgar de su estado y circunstancia.

Art. 64.- Todo juicio principia por demanda; pero podrán preceder a ésta los siguientes actos preparatorios: (...) 5. Inspección judicial.

⁷⁸ Cita de CABRERA, Benigno, Ob. Cit. Pág. 436.

en los que usualmente la formación del juez le impide conocer detalles técnicos autorizados.

El perito es el *“Especialista, conocedor, práctico o versado en una ciencia, arte u oficio”*⁷⁹. Mientras que peritación: *“Trabajo o estudio que hace un perito”*⁸⁰. El mismo autor agrega que el vocablo oficialmente es considerado como un tecnicismo; prefieren el término informe pericial.

En definitiva la prueba pericial y de intérpretes implica la participación de un perito o experto en el proceso, el mismo que debe estar certificado por la autoridad correspondiente, usualmente las instituciones judiciales utilizan los servicios de quienes se han registrado en la lista del Ministerio Público. El código procesal civil⁸¹ establece ciertos requisitos para estos expertos.

El CPC establece los casos en los que se debe nombrar intérpretes⁸². Se puede decir entonces que son aquellos expertos en un determinado lenguaje – extranjero, ancestral, señas, etc.-, quienes permiten la completa apreciación de algún mensaje contenido en un documento que es ininteligible. Los requisitos

⁷⁹ Cabanellas, Ob. Cit., Pág. 303.

⁸⁰ Ib. Pág. 302.

⁸¹ **Art. 251 CPC.-** El nombramiento debe recaer en personas mayores de edad, de reconocida honradez y probidad, que tengan suficientes conocimientos en la materia sobre la que deban informar y que, de preferencia, residan en el lugar en donde debe practicarse la diligencia, o en el que se sigue el juicio.

⁸² **Art. 264 CPC.-** Debe nombrarse intérpretes para la inteligencia de documentos escritos en caracteres anticuados o desconocidos; para examinar a los que ignoren el idioma castellano, o a los testigos mudos que no sepan escribir, y para traducir los documentos escritos en idioma extraño.

Cuando una persona que no sepa el idioma castellano deba intervenir en actuaciones judiciales o en el otorgamiento de una escritura pública, o de testamento, sin perjuicio de lo que respecto de éste dispone el Código Civil, intervendrá un intérprete nombrado por el juez o por el notario, según el caso.

que se deben obedecer para el nombramiento de un intérprete se regulan por ley adjetiva⁸³.

1.3. Métodos de valoración de la prueba.

1.3.1. Sistemas dispositivo e inquisitivo.

En derecho procesal ha prevalecido el sistema dispositivo, el mismo que permite a las partes iniciar, determinar el contenido y objeto e impulsión del proceso; esta facultad también aplica sobre las pruebas; por otro lado el sistema inquisitivo le otorga facultades oficiosas al juez sobre todos los aspectos del proceso. Sin embargo, ninguno de los dos sistemas es absolutamente respetado en las legislaciones mundiales, tradicionalmente se ha reconocido que los principios inquisitivos se deben aplicar en materia penal, adicionalmente se acepta su aplicación en procedimientos laborales y fiscales. En algunos sistemas latinoamericanos estos principios se han implantado en el proceso civil, en Ecuador existe una mixtura del sistema⁸⁴ de enjuiciamiento civil.

1.3.1.1. Sistema dispositivo

⁸³ **Art. 266 CPC.-** Para ser intérprete se necesita ser mayor de edad, conocer el idioma castellano y ser inteligente o práctico en lo que ha de menester para el desempeño de su cargo.

⁸⁴ **Art. 118 CPC.-** Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptuase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero sí podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente.

Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa.

Según DEVIS ECHANDÍA este sistema está compuesto de dos aspectos que generalmente lo rigen⁸⁵. El primero de ellos se refiere a la necesidad del proceso de iniciar con una demanda, asimismo el juez debe limitar su decisión a las pretensiones del actor y las excepciones del reo (*ne procedat iudex sine actione, ne procedat iudex ex officio*⁸⁶ y *ne eat iudex ultra petita partium*⁸⁷). Según lo anterior las partes se reservan el derecho de finalizar el juicio mediante desistimiento o transacción.

El segundo aspecto implica atribución de poderes exclusivos a favor de las partes sobre el elemento probatorio del proceso. El juez es testigo de la contienda judicial a la cual se le atribuyen solamente intereses privados, no públicos.

1.3.1.2. Sistema inquisitivo.

Este sistema reviste al juez de toda iniciativa en juicio, excepto la de demandar. La tradición entiende que el proceso civil es esencialmente de interés privado, por lo cual las partes lo deben impulsar de acuerdo con su leal saber y entender; el juez debe permanecer inactivo y juzgar respecto las pruebas aportadas al proceso por las partes, se garantiza así la neutralidad e imparcialidad del juzgador. Esta teoría se mantuvo así hasta hace cincuenta años, cuando se dotó al proceso civil de un carácter público según el ejercicio de la jurisdicción del Estado, su interés es general ya que busca hacer cumplir

⁸⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de la prueba judicial, T. I, ED. Rubinzal Culzon, Bs. As., 2000, Pág. 50

⁸⁶ El juez no debe iniciar el proceso sin acción, ni proceder de oficio. <http://bonfante.wordpress.com/2007/04/18/expresiones-y-aforismos-juridicos-latinos/> Visitada el 11 de noviembre de 2008 a las 17h31.

⁸⁷ El fallo debe ser congruente con la acción y la contestación, implica que no contenga más ni menos de lo pedido por las partes. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Julio/RC-0340-300702-001030.htm> Visitada 11 de noviembre de 2008 a las 17h32.

la ley material y busca la recta justicia para mantener a la sociedad en paz y tranquilidad. En la actualidad se sostiene que los jueces deben subsanar la irresponsabilidad probatoria de las partes, con el fin de encontrar la verdad de los hechos y la expedición de una sentencia más justa y acorde a la lógica jurídica.

Las partes pueden solicitar al juez que se insinúe sobre las pruebas que faltan para demostrar fielmente los hechos argumentados en juicio. Se enfoca en resolver los descuidos, olvidos, errores, inactividades e inclusive acciones dolosas en los que abogados pueden incurrir en el transcurso del proceso. Empero las actuaciones de los jueces deben sujetarse a ciertas condiciones que les permitan solicitar la producción de pruebas, estas son las siguientes⁸⁸:

- a) Que en el litigio se haya ofrecido y producido prueba; b) Que a pesar de las probanzas rendidas el juez carezca de convicción firme acerca de la justa solución del litigio; c) Que se decrete en cualquier tiempo del juicio antes de dictar sentencia, y en las dos instancias; d) Que la medida ordenada tenga solamente finalidad probatoria; e) Que sea producto del espontáneo sentir del juez; f) Que la medida ordenada sea legal; g) Que se mantenga la igualdad de las partes; y, h) Que se otorgue participación a los interesados.

1.3.2. Sistemas de tarifa legal y libre valoración de la prueba

Aunque se han clasificado tres fórmulas de apreciación –pruebas legales, libre apreciación o libre convicción judicial y sana crítica-, éstas se han criticado por varios tratadistas modernos. La primera se caracteriza porque la misma

⁸⁸ DEVIS ECHANDÍA, Ob. Cit., Pág. 61-63.

costumbre jurídica social que enuncia condiciones abstractas predeterminadas, según las cuales debe analizar la presencia de ciertos medios de prueba o su ausencia –tarifa legal-, supone un señalamiento taxativo y específico de los tipos de pruebas que sirven para cada caso determinado; la prueba libre pone en libertad a las partes de aportar las que crean convenientes para formar la convicción del juez quien puede realizar una libre valoración personal y concreta del material probatorio aportado; no se obliga al juez a enunciar la apreciación de cada prueba; por otro lado las reglas de la sana crítica le obligan al juzgador a expresar la forma en que apreció la prueba⁸⁹.

1.3.2.1. Prueba tasada o de tarifa legal.

La principal ventaja de este sistema es la mayor uniformidad de las decisiones judiciales, la seguridad de la mayoría, tranquilidad social y confianza en las instituciones. Sin embargo el idéntico uso de los medios de prueba en procesos análogos no garantiza la conformidad de la decisión jurisdiccional con la realidad de los hechos. Se ha dicho además que este sistema suple la ignorancia o falta de experiencia de los jueces, quienes basan sus sentencias conforme estipulaciones legales preestablecidas; se ha abandonado este postulado por la falta de jurisprudencia y por la falta de medios para la divulgación de sus funciones. En todo caso, pareciera que tasar la prueba de cada proceso logra la uniformidad de las decisiones y su justicia. Este principio debe ser calificado en cada pleito según dos parámetros: la validez de admisibilidad de los medios y su eficacia demostrativa para moldear la decisión judicial conforme a los hechos que se pretenden probar.

⁸⁹ GAETE González, Eugenio, Instrumento público electrónico, Barcelona, Ed. Bosch, 2000, Pág. 88.

La posibilidad de la práctica efectiva del sistema de tarifa legal se accidenta en su aplicación:

- a) Mecaniza y automatiza la función del juez, le impide el ejercicio de su personalidad y el uso de la discrecionalidad, dificulta la formación de su criterio personal ya que le obliga a aceptar soluciones en contra de su proceso racional.
- b) Se ha manifestado también que este sistema logra la declaración de una verdad formal por sobre la verdad material. Afirmación muchas veces criticada ya que la verdad es una sola. En su lugar se ha manifestado que la prueba tasada arroja una certeza histórica legal, por sobre una certeza histórica judicial en los casos del sistema de libre valoración.
- c) El respeto a las fórmulas abstractas mandadas en la ley, sacrifica el concepto de justicia; se desobedece la naturaleza de cada proceso y su caso.

El sistema de tarifa legal a pesar de ya no ser aplicado de forma absoluta, sigue vigente en algunas partes de la legislación⁹⁰. El valor probatorio debe estar determinado en la ley para cada tipo de prueba.

La crítica se ha fundamentado en tres aspectos:

- a) Automatiza la función del juez, le obliga a tomar decisiones que pueden estar contrapuestas a su criterio personal o su convencimiento lógico razonado.
- b) Conduce con frecuencia a la declaración como verdad de una simple apariencia formal.

⁹⁰ CPC: Confesión Judicial: 123 y 124; Documental: 168, 169, 195; Testimonial: 208.

c) Se produce divorcio entre justicia y sentencia, por sujetar a aquélla al cumplimiento de fórmulas abstractas.

1.3.2.2. Libre apreciación de la prueba

Este sistema es aplicado en sistemas de jueces y de jurados de conciencia⁹¹. Aquéllos deben motivar sus decisiones, mientras que los miembros de los últimos no poseen esa obligación. El autor DEVIS ECHANDÍA sostiene que *“el sistema de sana crítica se manifiesta en la apreciación razonada de la prueba y en la libre convicción íntima del juez”*⁹², niega la distinción entre los tres. La aplicación de este sistema depende íntimamente de la obediencia de reglas de lógica, psicología y máximas de la experiencia; las decisiones no deben ser arbitrarias y los requisitos mencionados pueden o no exigirse expresamente, aunque en todo caso el juez debe aplicarlos; el proceso de convicción y motivación debe expresarse en el contenido del fallo, se cumple así los principios procesales de publicidad y contradicción, y los constitucionales de debido proceso y defensa.

Se debe mencionar además que el incumplimiento de solemnidades procesales en la práctica de pruebas no es limitante para la aplicación de la sana crítica. A pesar de que la legislación ordene algunas de aquéllas, y que su cumplimiento forme el criterio del juez e inclusive su validez propia; si la prueba es importante

⁹¹ Algunos países mantienen sistemas de jurado: Australia –delitos contra normas de Commonwealth-, Austria –algunos delitos graves-, Bélgica –crímenes violentos-, Brasil –homicidio, aborto, infanticidio e instigación al suicidio-, Canadá –algunos delitos graves-, Grecia –delitos violentos-, El Reino Unido –algunos casos civiles y penales-, Francia –delitos castigados con diez o más años de privación de libertad-, Nueva Zelanda –en los denominados “indictable offences”-, Noruega y Estados Unidos -utilizados por ambos en la mayoría de sus procesos-. http://en.wikipedia.org/wiki/Jury_trial visitada el 11 de noviembre de 2008 a las 17h56.

⁹² DEVIS ECHANDÍA, Ob. Cit., Pág. 68.

para decidir en justicia, aquél está en la obligación de repetirla o tenerla como válida. Este sistema se complementa por medio de la libertad de medios o sistema de prueba libre.

Cabe mencionar que el principio no se aplica en los casos que las solemnidades han sido ordenadas específicamente para la celebración de actos o contratos, si existe una violación en ese sentido se concluye en la inexistencia del negocio; es una cuestión sustancial y no simplemente probatoria. Este medio de apreciación se caracteriza por lo siguiente: a) la prueba debe ser analizada en su conjunto, se califica cada medio en función de todos los otros, se debe verificar que constituyan un conjunto unitario y coherente; b) las reglas de la sana crítica son las del correcto entendimiento humano, interfieren los principios de la lógica con la experiencia del juez, son reglas de carácter normativo pero no jurídico; y, c) estas reglas no deben ser alegadas en juicio como derecho privativo de una u otra parte, es deber del juez aplicarlas en todos los casos.

1.4. Conclusiones

El estudio de la Teoría de la Prueba permite al lector tener una ligera idea de aquello que grandes juristas y parte de la doctrina ha discutido. Las definiciones que se dan permiten entender ligeramente el concepto en sentido amplio. Los principios anotados y recogidos por la legislación y la doctrina delimitan un perímetro de aplicación de las normas específicas a cada medio de prueba, se entiende que éstos devienen en todos los casos de fuentes naturales, siendo el primero un concepto correspondiente al derecho procesal y

a los procedimientos judiciales, actos preparatorios, juicios u otros específicamente mencionados en la ley adjetiva. La fuente debe respetar el correspondiente procedimiento, de lo contrario las pruebas actuadas en contraposición podrían no ser valoradas por las autoridades.

La ley adjetiva, tanto civil, penal, laboral, etc. establece medios de prueba particulares para cada materia, siendo la del primer tipo supletoria para todas las demás. Se han establecido la confesión judicial, la prueba documental, la prueba testimonial, la inspección judicial como tipos genéricos de medio de prueba.

CAPÍTULO II

Los nuevos medios electrónicos de prueba

En general cabe destacar que las pruebas electrónicas debidamente actuadas en procesos contenciosos podrán hacer fe frente en un sinnúmero de situaciones fácticas. Primordialmente, la LCE ha establecido que estos tipos de instrumentos servirán especialmente para demostrar relaciones mercantiles de comercio electrónico. Sin embargo, la eficiencia de estos medios en todo juicio ha sido reconocida por la normativa adjetiva, específicamente el CPC; estos instrumentos deberían servir ante todo órgano jurisdiccional reconocido por la normativa positiva; adicionalmente esta garantía debe hacerse exigible en sede administrativa y en todos los procedimientos prejudiciales que la ley ha establecido para la defensa de los ciudadanos. La naturaleza jurídica, surge de establecer los grados de eficiencia probatoria de estos nuevos medios en cada caso particular. Por ejemplo, la celebración de contratos nominados o típicos siempre estará sujeta a las solemnidades establecidas en sus normas propias

(v. gr., prendas establecidas en el Código de Comercio se deben celebrar por escrito, con reconocimiento de firma y rúbrica e inscripción en el Registro Mercantil dependiendo del caso), por lo que estos convenios se han de probar únicamente con los documentos escritos y sujetos a sus correspondientes solemnidades sustanciales, no bastaría entonces probar su existencia con un mensaje de datos, salvo que se reformen las normas legales pertinentes, considerando la validez jurídica de los mensajes de datos y la actual posibilidad de contar con firmas electrónicas, de tal suerte que cada vez se vayan eliminando las barreras y campos para que se permita el empleo de mensajes de datos en cualquier ámbito y con cualquier fin.

2.1. Regulación en el Sistema Jurídico Ecuatoriano

2.1.1. Disposiciones Constitucionales

En el marco constitucional se encuentra inicialmente lo establecido en las manifestaciones dogmáticas, entre las cuales se menciona los siguientes derechos enumerados en el artículo 66 de la Constitución Política vigente:

- a) A la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación.
- b) La inviolabilidad y secreto de la correspondencia. Esta garantía puede ser vulnerada mediante orden judicial, cualquier diligencia que se haga sin este requisito será ilegal y no podrá constituir prueba. Las inspecciones judiciales de cualquier tipo cuyo objeto sea la correspondencia deben realizarse

específicamente sobre los mensajes referentes a la materia de la litis, el contenido restante no puede hacerse público bajo ninguna excusa.

c) A la libertad de contratación con respeto al orden público.

En este sentido, el Artículo 25 de la Constitución Política vigente, establece como un derecho de todos los ciudadanos el gozar de los beneficios del progreso científico. El debido proceso⁹³ también corresponde materia de este estudio, específicamente, la Constitución en los Artículos 75 y 76 enumera las reglas que todos los procesos deben obedecer so pena de nulidad constitucional. El primero de ellos, la garantía de acceso a justicia gratuita y a tutela efectiva, imparcial y expedita. El segundo menciona específicamente los requerimientos del debido proceso, entre los cuales destaca el expresado en el literal h) referente al derecho de los ecuatorianos a presentar pruebas y contradecir aquellas presentadas en su contra. Por último la disposición del Artículo 82 que se refiere a seguridad jurídica, se fundamenta en el respeto a la Constitución y a normas jurídicas previas, claras y públicas; todo acto contrario al contenido constitucional le resta validez, así por ejemplo la consecución de pruebas y su práctica mediante la violación de un derecho fundamental.

2.1.2. Normas Sustantivas

La LCE contiene principios y disposiciones específicas que se desarrollan más adelante, la emisión y recepción, validez, etc.; la motivación que el legislador enuncia en ella es el desarrollo de Internet y su utilidad comercial, educativa y cultural, la necesidad de integrar a todos los ciudadanos al uso de medios

⁹³ Para Cabanellas de Torres, Ob. Cit., Pág. 111: Cumplimiento con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo en cuanto a la posibilidad de defensa y producción de pruebas.

electrónicos, regular los actos civiles y mercantiles que se llevan a cabo mediante el uso de la Red; y, la necesidad del Estado ecuatoriano de apegarse al crecimiento de las comunicaciones globales.

El objetivo de la ley es fundamentalmente regular la utilización irrestricta de mensajes de datos o documentos electrónicos como equivalente funcional de instrumentos escritos con soporte físico o papel, para lo cual requiere el empleo obligatorio de firmas electrónicas en lugar de manuscritas. Consecuentemente se garantiza la validez de contratos que se celebren con el empleo de mensajes de datos, la protección de los derechos de los consumidores en el ámbito del comercio electrónico. Finalmente, la LCE establece disposiciones fundamentales para el ejercicio del valor probatorio del cual gozan los mensajes de datos⁹⁴.

La estructura de la ley comprende un Título referido a los mensajes de datos, otro a las firmas electrónicas dividido en cuatro capítulos, el primero de ellos específico a este tema, mientras que el segundo se refiere a los certificados de firma electrónica, el tercero a entidades de certificación de información, y el cuarto sobre los organismos de promoción y difusión de servicios electrónicos, regulación y control de entidades certificadoras. El Título III regula servicios electrónicos, contratación electrónica y telemática, instrumentos públicos y

⁹⁴ **Art. 1 LCE.-** Esta Ley regula los mensajes de datos, la firma electrónica, los servicios de certificación, la contratación electrónica y telemática, la prestación de servicios electrónicos, a través de redes de información, incluido el comercio electrónico y la protección a los usuarios de estos sistemas.

Mensaje de Datos.- Es toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio. Serán considerados como mensajes de datos, sin que esta enumeración limite su definición, los siguientes: documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, servicios web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos.

derechos del usuario de estos servicios. El Título IV se refiere a la práctica de la prueba que se analiza en el siguiente acápite. El Título V se refiere a infracciones informáticas contrarias a los principios de la LCE. Adicionalmente comprende diez Disposiciones Generales, entre las que se cuenta un Glosario terminológico y contiene además dos Disposiciones Transitorias.

2.1.3. Normas Adjetivas

Además de los temas abordados por el Capítulo I del presente trabajo, la práctica y valoración de la prueba electrónica se deben sujetar al Título IV, Capítulo I de la LCE.

El Artículo 52 establece que los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y certificados electrónicos tanto nacionales como extranjeros, que cumplan los requisitos del capítulo anterior, sin importar su procedencia o generación, serán medios de prueba efectivos; y que, su valoración y efectos legales deben apegarse a lo dispuesto en las leyes adjetivas y especialmente el CPC. Siendo ésta una norma supletoria de todos los procesos contenciosos sin importar la materia, se concluye que estos medios se podrán utilizar ante todos los órganos judiciales.

A criterio de Efraín Torres la apreciación de estas pruebas dependerá siempre del conocimiento tecnológico del juez, ante lo cual la parte que las solicite deberá estar alerta para pedir la opinión de un perito frente a los tecnicismos ajenos a la actividad judicial⁹⁵. Esto resulta muy útil ya que en todo caso, los

⁹⁵ Torres Chaves, Efraín, Breves comentarios a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, CEP, Quito, 2002, Pág. 52

jueces a pesar de su profesionalismo, podrían desconocer algunos principios técnicos avanzados que impedirían el ejercicio de la sana crítica.

El Artículo 53 establece una presunción por la cual, si se presentare una firma electrónica certificada por una entidad de certificación autorizada se presumirá que ésta contiene todos los requisitos expresados por la ley. Por consiguiente se entiende que las firmas electrónicas contienen datos que no se alteran desde su creación y que pertenecen al signatario.

El Artículo 54 establece los requisitos para la presentación de pruebas. Menciona que se deberán practicar de conformidad con lo expuesto en el CPC y establece adicionalmente otros requisitos como:

- a) La incorporación de un mensaje de datos como prueba requiere su presentación tanto en soporte informático como la transcripción en papel del documento electrónico, los elementos necesarios para su verificación y lectura de ser necesarios⁹⁶.
- b) En caso de impugnación de un certificado o de una firma electrónica, el juez o tribunal, a petición de parte, ordenará a la Entidad de Certificación que remita todos los certificados de firma electrónica y los documentos en los que se respalda la solicitud del firmante, todos debidamente certificados⁹⁷.

⁹⁶ En consecuencia, la presentación como prueba de un correo electrónico, debe conjugar su impresión física en papel y el medio digital. En otros casos de ser necesario deberá adjuntarse incluso, la herramienta electrónica que permita la lectura y apreciación del mensaje de datos que se pretende hacer valer como prueba, incluyendo el software indispensable para este fin.

⁹⁷ En la actualidad el Banco Central del Ecuador es la única entidad calificada por el CONATEL para emitir firmas electrónicas y sus certificados. Requiere que el solicitante llene un formulario publicado en:

<http://www.bce.fin.ec/files.php?file=../documentos/EIBancoCentral/EntidadCert/indice.htm>

Se deben aparejar copia a color de la cédula de identidad del titular de la firma electrónica, el nombramiento del funcionario público, nombramiento del Representante Legal de la Compañía y el Registro Único de Contribuyente.

- c) El facsímile para ser admitido como prueba debe haber sido enviado y recibido como mensaje de datos, mantener su integridad, se conserve y cumpla con las exigencias requeridas por la norma⁹⁸.

La LCE establece además que si se impugna un mensaje de datos, la parte que así lo haga, deberá probar los vicios por los cuales hace su alegación, que los procedimientos de seguridad por los cuales se ha creado o que los medios utilizados para la verificación de la firma no pueden ser considerados como técnicamente seguros y menciona que cualquier duda sobre la validez podrá ser objeto de comprobación técnica. Por tanto, la firma electrónica goza de una presunción de validez que sólo puede ser impugnada por razones técnicas y debidamente verificadas por medio de un examen pericial.

El Artículo 55 establece algunos principios para la valoración de las pruebas de este tipo, entre los que se menciona que las pruebas electrónicas deben ser evaluadas de acuerdo a los requerimientos de la ley. Se debe tomar en cuenta la seguridad y fiabilidad de los medios que se utilizaron para su envío, recepción, verificación, almacenaje o comprobación dependiendo de cada caso, esta operación se puede realizar por medio de los mecanismos que la técnica y la tecnología presten para este fin. En todo caso esta operación valorativa le corresponde al juez y a su libre criterio, según las circunstancias en que se ha producido el elemento probatorio en cuestión. Se establece que

⁹⁸ Este es el caso de firmas manuscritas que han sido desmaterializadas por medio de un escáner u otro dispositivo periférico y se imprimen en soporte papel, este caso se da en algunos documentos emitidos por la Superintendencia de Compañías y el Servicio de Rentas Internas. Aunque el criterio de Devoto nos dice que éstos usos no cumplen con los requisitos necesarios para ser considerados firma electrónica. Ob. Cit., Pág. 166.

los jueces o árbitros deberán posesionar peritos que conozcan hábilmente los elementos que permiten la apreciación del contenido de cada instrumento.

2.2. Tipos de Instrumentos Probatorios Electrónicos

2.2.1. Mensaje de datos, documentos electrónicos.

El mensaje de datos permite la expresión de información de diversos tipos pasando desde los usos eminentemente personales, el reemplazo del correo tradicional por ejemplo, hasta la formación de negocios y actos jurídicos. Su formación se puede dar de acuerdo a diversos medios que en líneas posteriores se enunciará.

2.2.1.1. Definición.

A decir de Chiovenda “(...) *documento es toda representación material destinada, e idónea, para reproducir una cierta manifestación del pensamiento*”⁹⁹. Documentar no es sino ilustrar, informar y aportar los hechos para que sean susceptibles de la percepción sensorial y, en materia jurídica, esto representa prueba.

Los documentos en general deben contar con tres elementos. El primero de ellos el medio de expresión, el siguiente el medio de materialización y por último el lenguaje. En el caso de los documentos electrónicos se expresan en un dispositivo magnético, llámese disco rígido, compacto, tarjeta de memoria de puerto universal, etc. El fenómeno de la materialización se da mediante el

⁹⁹ Cita de CARLINO P., Bernardo, Firma digital y derecho societario, Ed. Rubinzal Culzon, Buenos Aires, 2001, Pág. 22.

proceso del ordenador para mostrar la información. Por último, el elemento restante se configura por el código de programación del mensaje o documento electrónico.

El documento electrónico es aquel que estando contenido en un dispositivo magnético es ininteligible para el hombre, no corresponden a la creación convencional de documentos, es decir al uso físico del papel. Mientras que, una vez materializado se lo denomina instrumento informático. Empero, ambas denominaciones suelen emplearse como sinónimos, sin precisar la diferenciación referida.

Los mensajes de datos son:

(...) toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio. Serán considerados como mensajes de datos, sin que esta enumeración limite su definición, los siguientes: documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, servicios web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos¹⁰⁰.

Juan José Páez se ha referido al documento electrónico como:

Toda expresión en el lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogida en cualquier

¹⁰⁰ Glosario de Términos de la LCE.

tipo de material, incluso los soportes informáticos, con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica¹⁰¹.

También se puede entender que el documento electrónico es “toda representación de hechos, actos o transacciones jurídicas, producida y conservada electrónicamente”¹⁰².

De tal manera que un mensaje de datos es un documento electrónico y viceversa.

2.2.1.2. Presunciones y reconocimientos jurídicos.

La emisión de un mensaje de datos, de conformidad con la LCE, permite presumir los siguientes hechos¹⁰³: a) se reconoce para el mensaje de datos el mismo valor jurídico de documento escrito¹⁰⁴; b) los datos anexos o información no contenida directamente pero que aparece en él serán considerados como parte integral del mensaje de datos¹⁰⁵; c) el requisito legal de conservar por escrito los archivos o documentos quedará cumplido con la mantención de un

¹⁰¹ PAEZ, Juan, José, Manual de Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, CEP, Quito, 2005.

¹⁰² Cita de <http://www.hess-cr.com/secciones/dere-info/diccionario/d.shtml> visitada el 18 de marzo de 2008, 11h56 (actualmente fuera del aire).

¹⁰³ ORDÓÑEZ Vásquez, Grace, El documento electrónico en la legislación ecuatoriana, Monografía de especialización en Derecho y Gestión de telecomunicaciones, UASMQ, 2003, Pág. 32.

¹⁰⁴ **Art. 2 LCE.-** Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta Ley y su reglamento. *La equivalencia funcional de un documento electrónico respecto de uno tradicional se fundamenta en que se considera que el primero ha sido escrito, tal como el segundo, pero en distinto soporte e idioma.*

¹⁰⁵ La disposición del **artículo 3 LCE** establece la remisión como cuestión fundamental, si los datos o la información fue enviada directamente con el mensaje se entenderá incorporada a él. los datos o archivos adjuntos que se entienden incorporados en el mismo mediante enlaces electrónicos directos abiertos para acceso de las partes.

mensaje de datos¹⁰⁶; d) si se requiere que la información sea presentada y conservada en su forma original se permitirá mantenerla con un documento electrónico¹⁰⁷; e) se presume que el mensaje es remitido por quién aparece en él como remitente y siempre que se haya firmado electrónicamente, salvo prueba en contrario¹⁰⁸; f) el momento y lugar de recepción del mensaje de datos se dará en las condiciones previamente mencionadas y establecidas en la ley mencionada¹⁰⁹; g) la pertenencia de la firma electrónica al remitente, en

¹⁰⁶ **Art. 6 LCE.-** Cuando requiera u obligue que la información conste por escrito, este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos, siempre que la información que éste contenga sea accesible para su posterior consulta.

¹⁰⁷ El **artículo 7 LCE** se refiere a la permanencia de los mensajes de datos. De existir un requerimiento legal para mantener almacenada la información, bastará con la conservación de un mensaje de datos. Esto, siempre y cuando se pueda demostrar que el archivo no ha sido modificado desde su creación primera. El segundo inciso establece que igualmente se lo considerará íntegro a pesar de los cambios que se ocasionen por su presentación, archivo o comunicación. Esta misma norma ha determinado que los documentos se pueden desmaterializar y ser mantenidos en este formato si la ley manda a mantener un respaldo físico de él, además obliga a las personas que realicen esta operación a mantener la información inmaterial con firma electrónica.

¹⁰⁸ El **artículo 10 LCE** establece una presunción legal según la cual el mensaje de datos proviene de quien lo envía, además se acepta tácitamente que el destinatario puede actuar conforme al contenido del documento electrónico. Este hecho debe estar acompañado de una verificación de concordancia de identidad de quien lo envía junto a su firma electrónica. Se exceptúan dos supuestos: a) si en el mensaje de datos se advierte que el mismo no proviene de quien aparece como emisor. Este aviso se deberá hacer antes de que el destinatario actúe en la forma expresada en el mensaje. Si no se da el caso, el supuesto emisor estará obligado a justificar plenamente que el mensaje de datos no fue enviado por él; y, b) si el destinatario no realizó las verificaciones correspondientes o hizo caso omiso de los resultados.

Art. 7 Reg. LCE.- La verificación de la concordancia entre el emisor del mensaje de datos y su firma electrónica se realizará comprobando la vigencia y los datos del certificado de firma electrónica que la respalda. En otros tipos de firmas o sistemas de identificación y autenticación, esta verificación se realizará mediante la verificación de los registros acordados o requeridos. El aviso de un posible riesgo sobre la vulnerabilidad o inseguridad de una firma, su certificado o el mensaje de datos y los anexos relacionados podrá ser realizado por el titular de los mismos, mediante cualquier tipo de advertencia que permita, de manera inequívoca a quien realiza la verificación o recibe un mensaje de datos, tomar las precauciones necesarias para evitar perjuicios y prevenir fallas de seguridad. Este aviso deberá ser realizado antes de iniciar cualquier proceso de transacción comercial negociación, o contratación electrónica. De acuerdo a las leyes, se podrá recurrir a peritos para determinar la procedencia y otro tipo de relaciones de un mensaje de datos con quien lo remite de modo directo o indirecto.

¹⁰⁹ El **artículo 11 LCE** se refiere al momento en que se presume el tiempo de envío y recepción del mensaje. Para tal efecto establece las siguientes condiciones: a) el momento de emisión se da cuando el mensaje ingresa en una red ajena a la del emisor, es decir cuando entra en el sistema del proveedor (ISP) del destinatario; b) el momento de recepción se da cuando el mensaje de datos entra en la red del destinatario. Si designa otro sistema de información o red a la originalmente señalada, el mensaje se presumirá recibido al momento de ser recuperado. En todo caso, si no se ha señalado un tiempo preciso de recepción, el mensaje se entenderá recibido cuando ingresa a la red del destinatario, independientemente de si se ha recuperado o no el mensaje; y, c) se entiende que el lugar de envío y recepción son los establecidos para la firma electrónica, los acordados por las partes o sus domicilios legales. Si no se pueden

caso de que aquélla se presente como prueba; h) la voluntad del remitente de obligarse según las condiciones expresadas en el mensaje¹¹⁰; i) se protege a los mensajes de datos mediante confidencialidad y reserva¹¹¹; j) se reconoce los derechos de propiedad intelectual que recaigan sobre ellos¹¹²; y, k) los documentos desmaterializados se consideran copia idéntica del instrumento físico, aunque deben contener una indicación sobre su condición –documento desmaterializado o copia idéntica electrónica- y deben constar de firma electrónica¹¹³ -.

establecer por estos medios, se entenderá que tales hechos se dan en el lugar de trabajo, aquel en el que desarrolle su giro habitual o al que se refiera el mensaje de datos.

¹¹⁰ Vid. **Art. 16 LCE** Sobre firma electrónica y unidad con el mensaje de datos.

Art. 8 Reg. LCE.- La prestación de servicios electrónicos de cualquier tipo por parte de terceros, relacionados con envío y recepción de comunicaciones electrónicas, alojamiento de bases de datos, registro electrónico de datos, alojamiento de sitios en medios electrónicos o servicios similares o relacionados, no implica responsabilidad sobre el contenido de los mensajes de datos por parte de quien presta estos servicios, siendo la responsabilidad exclusivamente del propietario de la información. De acuerdo a la ley y por orden de la autoridad competente, el órgano regulador podrá ordenar la suspensión del acceso a cualquier información en redes electrónicas que se declare ilegal y/o que atente contra las leyes o la seguridad nacionales. El proveedor de servicios electrónicos deberá cumplir con la orden de suspender el acceso al contenido en forma inmediata, y en caso de no hacerlo será sancionado con sujeción a la ley por el CONATEL.

¹¹¹ En este sentido el **artículo 5 LCE** según el cual se entiende que los mensajes de datos y documentos electrónicos están revestidos de *confidencialidad* y *reserva*, garantías establecidas en la historia constitucional del país en concordancia al derecho de *inviolabilidad* de la correspondencia de las personas. Se trata de medios de comunicación disponibles sólo para quienes conocen por ejemplo las direcciones de correo electrónico u otros terminales de comunicación. Es confidencial en tanto el contenido y las expresiones le pertenecen a quien se las remite y a quien se las envía, son expresiones que se dicen en confianza y en forma *recíproca*. De ellos depende el uso que quieran darle a sus archivos. La reserva supone prevención o cautela para no descubrir algo que se sabe o piensa. En este aspecto debemos mencionar que el Estado ecuatoriano garantiza la privacidad de las comunicaciones de sus ciudadanos, bajo este parámetro afirmamos que la administración pública nunca puede interceptar estas comunicaciones sin una orden judicial.

¹¹² En este sentido el **artículo 4 LCE**.

¹¹³ El **artículo 12 LCE** se refiere a la duplicidad de los mensajes de datos. En cuanto a esto ordena considerar a cada mensaje de datos como único. Si existen dudas las partes solicitarán la confirmación del último mensaje y verificarán técnicamente su autenticidad. En este sentido entendemos que se presume de derecho la unicidad de cada mensaje de datos, lo que le permite al juzgador determinar la veracidad o falsedad de un determinado documento electrónico. En sentido complementario el **artículo 4 Reg. LCE.-** Los mensajes de datos y los documentos desmaterializados, cuando las leyes así lo determinen y de acuerdo al caso, deberán ser certificados ante un Notario, autoridad competente o persona autorizada a través de la respectiva firma electrónica, mecanismo o procedimiento autorizado. Los documentos desmaterializados se considerarán, para todos los efectos, copia idéntica del documento físico a partir del cual se generaron y deberán contener adicionalmente la indicación de que son desmaterializados o copia electrónica de un documento físico. Se emplearán y tendrán los mismos efectos que las copias impresas certificadas por autoridad competente.

Además la LCE reconoce los siguientes efectos del documento electrónico: a) se reconoce cualquier transacción mercantil, financiera o de servicios que se haya acordado por este medio; b) la utilización de datos, firmas, certificados y documentos electrónicos cualquiera sea su procedencia, con apego a las condiciones establecidas; y, c) los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad pública se entienden como instrumentos públicos debiendo contener la firma electrónica correspondiente.

Se permite además elaborar bases de datos mediante la recolección de mensajes siempre que se cuente con la autorización del titular y se respete los derechos constitucionales¹¹⁴.

2.2.1.3. Clasificación.

Se ha elaborado una clasificación por el origen del mensaje de datos:

- a) *Original*.- creado electrónicamente y se mantiene en los discos duros en su forma original y conservando la facultad de hacer copias del mismo¹¹⁵.

¹¹⁴ En este sentido el **artículo 9 LCE** los mensajes de datos que servirán para componer bases de datos. En este caso, sólo se los podrá emplear así si su titular ha consentido en tal supuesto, además tiene la facultad de seleccionar las partes que podrán ser compartidas e incluidas en las bases de datos. La recopilación de información personal responderá a las garantías de privacidad, intimidad y confidencialidad. Su uso es privativo de la institución que ha recopilado la base de datos, quien bajo ningún concepto podrá comercializarla, de hecho la protección ordena que la única circunstancia en la que un tercero podría acceder y usar ese tipo de información sea con una orden de autoridad pública competente. Entendemos que el consentimiento puede tener carácter de retroactivo. Esta misma disposición permite a las instituciones públicas ordenar bases de datos sin consentimiento siempre y cuando se efectúe tal acto en ejercicio de actividades de la administración pública. Esto es, bajo cualquier norma de competencia que los faculte a esta actividad. Además extiende esta facultad si se refiere a personas relacionadas por aspectos laborales, administrativos o una relación de negocios y su almacenamiento sea necesario para el cumplimiento de un determinado contrato con la administración pública, no es sino la expresión de la cláusula de poder exorbitante a favor del Estado en la contratación pública.

¹¹⁵ En el mismo sentido de analizar el **Art. 12 LCE** se establece que cada mensaje de datos será considerado diferente y que en caso de duda, las partes pedirán la confirmación del nuevo mensaje y tendrán la obligación de verificar técnicamente la autenticidad del mismo. Salgueiro

- b) *Desmaterializado*¹¹⁶.- documento físico o tradicional que ha sido trasladado al soporte informático para ser conservado dotado de una firma electrónica de responsabilidad; es considerado copia idéntica de su forma física.
- c) *Copia idéntica electrónica*.- documento distinto del original en el tiempo y lugar de creación, el contenido es idéntico a aquél.

La misma definición del Glosario de Términos de la LCE contiene una clasificación de mensajes de datos, en ella encontramos: correo electrónico, servicios electrónicos (Internet), servicios-web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos¹¹⁷.

2.2.1.4. Elementos, Requisitos y Validez Jurídica

Los mensajes de datos y documentos electrónicos deben cumplir algunos requisitos similares a los propios de documentos tradicionales, exceptuando el soporte en papel. Los principales elementos son¹¹⁸: a) se contienen en un

Araujo, Jose, Documento Electrónico Original, en revista Alfa-redi, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=7840> visitada el 13 de octubre de 2008, 10h20.

¹¹⁶ **Artículo 5 Reg. LCE.**-El acuerdo expreso para desmaterializar documentos deberá constar en un documento físico o electrónico con las firmas de las partes aceptando tal desmaterialización y confirmando que el documento original y el documento desmaterializado son idénticos. En caso que las partes lo acuerden o la ley lo exija, las partes acudirán ante Notario o autoridad competente para que certifique electrónicamente que el documento desmaterializado corresponde al documento original que se acuerda desmaterializar. Esta certificación electrónica se la realiza a través de la respectiva firma electrónica del Notario o autoridad competente. Los documentos desmaterializados deberán señalar que se trata de la desmaterialización del documento original. Este señalamiento se constituye en la única diferencia que el documento desmaterializado tendrá con el documento original. En el caso de documentos que contengan obligaciones, se entiende que tanto el documento original como el desmaterializado son la expresión de un mismo acuerdo de las partes intervinientes y por tanto no existe duplicación de obligaciones. De existir multiplicidad de documentos desmaterializados y originales con la misma información u obligación, se entenderá que se trata del mismo, salvo prueba en contrario. La desmaterialización de los documentos de identificación personal estará sujeta a las disposiciones especiales y procedimiento que las entidades competentes determinen.

¹¹⁷ El intercambio electrónico de datos consiste en un conjunto de datos coherentemente ordenados conforme normas de mensajes acordadas, con el fin de transmitir por medios electrónicos, usando un formato que puede ser leído por ordenadores para ser procesado automáticamente y sin ambigüedad. Sus principales tipos de utilidad se dan sobre información industrial, financiera, comercial, médica, administrativa, fabril, etc. <http://www.monografias.com/trabajos/edi/edi.shtml> visitada el 26 de enero de 2009 a las 19h30.

¹¹⁸ Páez, Ob. Cit., Pág. 3.

soporte material; b) consta de un mensaje; c) se escriben en un idioma o código determinado; y, d) su autoría se le atribuye a una persona plenamente determinada.

De esta enumeración se afirma que los mensajes de datos y documentos electrónicos en general deben mantener cierto grado de materialidad ya que a pesar de ser creados y almacenados en código inmaterial se contienen en un medio de expresión que el hombre ha de usar. Deberá además corresponderle un contenido o mensaje, el mismo esta escrito en código binario y sin el uso de las herramientas adecuadas, el ser humano no tiene acceso a él. El contenido se encuentra codificado y sólo se podrá tener acceso a él mediante las aplicaciones informáticas. Finalmente se le debe dar un autor mediante el uso de la llamada firma electrónica.

En cuanto a la validez jurídica, la LCE en su Art. 2 claramente establece la validez de un mensaje de datos; además determina una serie de normas referentes a mensajes de datos, su forma y originalidad, de las que depende la eficacia probatoria del medio¹¹⁹.

¹¹⁹ El **artículo 3 de la LCE** establece la remisión como cuestión fundamental, si los datos o la información anexa fue enviada directamente con el mensaje se entenderá incorporada a él.

El **artículo 7 LCE** se refiere a la permanencia de los mensajes de datos. De existir un requerimiento legal para mantener almacenada la información por escrito, bastará con la conservación de un mensaje de datos. Esto, siempre y cuando se pueda demostrar que el archivo no ha sido modificado desde su creación primera. El segundo inciso establece que igualmente se lo considerará íntegro a pesar de los cambios que se ocasionen por su presentación, archivo o comunicación. Esta misma norma ha determinado que los documentos se pueden desmaterializar y ser mantenidos en este formato si la ley manda a mantener un respaldo físico de él, además obliga a las personas que realicen esta operación a mantener la información inmaterial con firma electrónica.

El **artículo 8 LCE** se refiere a estos aspectos, en general obliga a que toda información generada de acuerdo a estas regulaciones debe ser conservada en un mensaje de datos, siempre que reúna algunas condiciones enumeradas en la misma norma. Entre ellas las siguientes: a) que su información sea accesible a consultas futuras; b) debe conservar el formato en que fue creado, enviado o recibido; u otro mediante el cual se pueda acceder a la

La validez de los nuevos medios de intercambio de información ha sido cuestionada inclusive por los jueces que en desconocimiento de la eficacia probatoria de los éstos, los desconocen y privan de tutela efectiva¹²⁰. Empero, el desarrollo acelerado obligó al legislador a regular su uso en los tribunales y a pesar de los esfuerzos se puede denotar una actitud cerrada a su uso, que ha creado cierta desconfianza en cuanto se refiere a la seguridad de su contenido, del remitente e inclusive del destinatario.

El problema surge en la falta de preparación de los funcionarios de los órganos jurisdiccionales y de los profesionales del derecho en general, respecto del uso de ordenadores y otros elementos de la tecnología. Sin embargo, reiteramos que la LCE garantiza el valor probatorio de los documentos electrónicos por lo menos en lo que respecta en el cumplimiento por vía judicial de los contratos electrónicos.

Los jueces en uso de la sana crítica, apegados a su razón y experiencia; califican la prueba que contiene algunos elementos entre los que se cuentan su

información originalmente guardada, enviada o recibida; c) mantener los elementos que permitan determinar el origen, el destino, la fecha y el tiempo en que fue creado, enviado o recibido; d) se debe garantizar la conservación de la información en el tiempo, en los periodos determinados por el Reglamento a la ley. En este mismo sentido el **artículo 9 Reg. LCE** establece requisitos para la conservación de datos: a) conservación, almacenamiento y custodia de la información en formato electrónico con las debidas seguridades; b) preservación de la integridad de la información conservada; c) administración del acceso a la información y la reproducción de la misma cuando se requiere; d) respaldo y recuperación de información; y, e) otros servicios relacionados con la conservación de los mensajes de datos. Los servicios de Registro Electrónico de Datos pueden ser ordenados por autoridad competente.

¹²⁰ Aquel elemento de la seguridad jurídica por el cual, el orden jurídico ha dispuesto y ha garantizado una serie de derecho-prerrogativas que los órganos jurisdiccionales están obligados a hacer cumplir en todas sus providencias. Entre ellos se encuentran la práctica adecuada de la prueba y su incorporación al proceso, el otorgamiento oportuno de los recursos, la solución efectiva de incidentes, entre muchos otros derechos de carácter procesal. En este mismo sentido el **artículo 2 Reg. LCE.-** Se considerará que un mensaje de datos, sus anexos y remitidos, son accesibles para consulta posterior cuando se puede recuperar su contenido en forma íntegra en cualquier momento empleando los mecanismos y procedimientos previstos para el efecto, los cuales deberán detallarse y proporcionarse independientemente del mensaje de datos a fin de garantizar el posterior acceso al mismo.

integridad, inalterabilidad, veracidad y exactitud¹²¹. Los documentos electrónicos y mensajes de datos cumplen con estos requerimientos e inclusive los superan en cuanto a las dos primeras y tienen valor probatorio en juicio en virtud de lo que establece la LCE, sin perjuicio de que se deberá mantener una flexibilidad frente a los cambios tecnológicos que se avecinen. Para esto es necesaria la implementación de políticas públicas de modernización para garantizar el derecho de los ciudadanos de presentar documentos electrónicos u otros medios para demostrar sus acciones o excepciones que estén sujetas a prueba.

2.2.1.5. Documentos Públicos Electrónicos: Definición y Formalidades.

Cabanellas define al Documento Público como:

El otorgado o autorizado, con las solemnidades requeridas por la ley, por notario, escribano, secretario judicial u otro funcionario competente, para acreditar algún hecho, la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en que se producen¹²².

El artículo 164 del CPC lo ha definido así:

Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública.

¹²¹ Leiva, José, El Documento Electrónico, publicado en <http://www.monografias.com/trabajos7/delec/delec.shtml> visitada el 18 de marzo de 2008, a las 15h35.

¹²² Cabanellas, Ob. Cit., Pág. 134.

Se consideran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.

La formulación de principios jurídicos relativos a este tipo de instrumento requiere del uso de las variables frente a la posibilidad de generar documentos públicos mediante nuevos medios de comunicación, potestad reconocida por la LCE¹²³. En todo caso se debe destacar la necesidad de reemplazar el soporte convencional de papel, atribuyéndoles a este nuevo tipo de documentación toda seguridad jurídica en su uso y conservación; por otro lado, se debe destacar la necesidad de mantener las antiguas instituciones relativas a la contratación como son la fe de conocimiento, unidad de acto, el otorgamiento de copias entre otros aspectos relativos al ejercicio de la potestad y fe pública.

La formalidad sustancial de todo documento público electrónico es la presencia de una suscripción o firma electrónica, lo cual era el principal obstáculo para viabilizar el uso irrestricto de los mensajes de datos hasta antes de octubre de 2008 en que se autorizó al Banco Central del Ecuador para que asuma competencias de emisión de firmas electrónicas y sus certificados. Sin embargo las partes esenciales de un instrumento público se han dispuesto en el Artículo 169 del CPC, el cual enumera las siguientes: a) los nombres de los otorgantes, testigos, notario o secretario; b) la cosa, cantidad o materia de la obligación; c) las cláusulas fundamentales para conocer su naturaleza y

¹²³ **Art. 51 LCE.-** Se reconoce la validez jurídica de los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente. Dichos instrumentos públicos electrónicos deberán observar los requisitos, formalidades y solemnidades exigidos por la ley y demás normas aplicables.

efectos; d) el lugar y fecha de otorgamiento; y, e) la suscripción de los que intervienen en él.

2.2.2. Firma Electrónica

La Real Academia de la Lengua define a la *firma* como *Nombre y apellido, o título de una persona, que ésta pone con rúbrica o sin ella al pie de un documento escrito de mano propia o ajena.*

Para que un documento posea validez jurídica debe ser atribuible a un determinado sujeto. Pues sólo así se le podrá adjudicar valor probatorio, sin embargo la sana crítica del juez es factor determinante tratándose de documentos electrónicos, pues debe calificar la idoneidad y proveniencia del instrumento. Así, aunque sea apto, si su fuente es irregular, no será adecuado.

2.2.2.1. Definición.

La firma electrónica distingue todo método de identificación de auditoría basado en medios electrónicos, siendo equivalente e inclusive superior a una firma manuscrita pues utiliza procesos de verificación y seguridad más complejos¹²⁴.

Riofrío manifiesta que firma digital es aquella que utiliza criptografía asimétrica¹²⁵ en su aplicación y es por tanto una especie de firma electrónica.

¹²⁴ Páez, Ob. Cit., Pág. 47.

¹²⁵ La criptografía asimétrica utiliza claves privadas y públicas, el mensaje codificado mediante clave privada sólo podrá ser decodificado con su clave pública y viceversa, la máxima seguridad de su uso pudiera estar en la combinación de dos claves, una privada y otra pública en el envío y las complementarias de las mismas en la recepción. Mediante este método se podría garantizar que destinatario y remitente sean las únicas personas que pueden descifrar el mensaje. El más claro ejemplo de este tipo de encriptación es la denominada función HASH. Esta consiste en asignar un número único a cada mensaje o resumen, ya que cada código dependerá del contenido del archivo y su cálculo será único.

Este criterio se encuentra en contraposición a lo expresado por autores como Mauricio Devoto, quien basándose en aspectos técnicos y opiniones de especialistas expresa que tal distinción no existe ya que podría entenderse que:

“(…)cuando la firma digital se encuentra momentáneamente almacenada en la memoria volátil de una PC (RAM) los dígitos de una firma digital consisten en magnitudes eléctricas, también es cierto que cuando se encuentra almacenada en el disco duro (magnético) de la PC consiste en campos magnéticos, cuando se encuentra perdurablemente almacenada en un CD-ROM consiste en agujeros perforados en la capa de aluminio del CD y cuando es transmitida por una fibra óptica de telecomunicaciones consiste en fotones, el término electrónico es más restrictivo que la palabra digital que abarca todas las tecnologías que intervienen en el proceso de generación de la firma electrónica¹²⁶.”

Se deben entender como términos sinónimos, aunque el término más correcto para referirse a ella es el de firma digital ya que a pesar de la aplicación de otras técnicas como la mecánica, eléctrica, magnética, óptica e inclusive la memoria molecular, la información siempre mantiene sus atributos numéricos binarios o dígitos.

<http://www.eumed.net/cursecon/econet/seguridad/asimetrica.htm> visitada el 15 de noviembre de 2008 a las 15h38.

¹²⁶ DEVOTO, Mauricio, Comercio Electrónico y Firma Digital, ED. La Ley, Buenos Aires, 2001, Pág. 166.

La firma electrónica o digital consiste en un grupo de caracteres editados matemáticamente que cumple tres funciones básicas: indica la identidad del emisor, declara la aceptación del contenido del documento electrónico y, permite probar pues es el medio que se utiliza para identificar al autor con el emisor. Es decir, la firma electrónica satisface los atributos de la firma autógrafa como son el establecimiento de la identidad y la autenticidad del contenido.

Carrascosa define a la firma electrónica como aquella que consiste en una serie de caracteres puestos al final de un documento elaborado según procesos matemáticos y realiza un resumen codificado del mensaje, de la identidad de remitente y del receptor¹²⁷.

El mismo Artículo 13 de la LCE da una definición del concepto de firma electrónica que responde al principio de neutralidad tecnológica, y dice:

Son los datos en forma electrónica consignados en el mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que pueden ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos.

También se puede definir como (...) *la firma y/o rúbrica contenida en un mensaje de datos, perteneciente a la persona natural o jurídica –representante*

¹²⁷ Cita de Torres. Ob. Cit. Pág. 26

*legal-, nacional o extranjera, cuya aparición denota responsabilidad del mensaje recibido.*¹²⁸

La firma electrónica basada en infraestructura de clave pública es el resultado de la aplicación de un algoritmo matemático usualmente de grandes números producto de la aplicación de fórmulas a números primos¹²⁹, se usan dos claves; el código ASCII o clave pública, denominado función “hash”, y otra privada; la primera genera sobre el contenido de un mensaje de datos un número resumen o digesto único del mensaje, si ninguna parte del mensaje fue cambiada el “hash function” verificará el correcto contenido del mensaje. Por otro lado se debe aplicar otra clave privada al resultado de la operación anterior, permite generar la firma electrónica. El remitente envía el mensaje y la firma, el destinatario los descifra mediante el uso de la clave pública y se revela el mensaje digital al mismo que se le podrá aplicar la función hash para comprobar la veracidad del mensaje¹³⁰. La clave privada debe ser mantenida en secreto, inclusive podría ser escondida en una tarjeta o dispositivo de memoria y puede ser activada simplemente con ingresar un número de identificación personal, el mecanismo ideal se aplica con información biométrica o con el reconocimiento de la huella digital por medio de dispositivos periféricos¹³¹. La firma digital se adjunta al mensaje principal como su parte integral o como otro mensaje correlacionado, de tal forma que cumple los requerimientos de la ley sobre remisión. El receptor del mensaje puede realizar la verificación del mensaje por medio de la clave pública, se hace mediante el

¹²⁸ Torres, Ob. Cit. Pág. 28

¹²⁹ Devoto, Ob. Cit. Pág. 168

¹³⁰ Páez, Ob. Cit., Pág. 40

Devoto, Ob. Cit. Pág. 168

¹³¹ Ib. Pág. 169

cálculo de un nuevo digesto aplicando la misma función utilizada para crear la firma digital originaria, éste nuevo número junto a la clave pública sirve para verificar que no se ha cambiado el contenido original del mensaje. El mensaje verificado se confirmará si:

a) (...) se utilizó la clave privada del firmante para firmar digitalmente el mensaje, lo que ocurre si se utilizó la clave pública del firmante para verificar la firma, dado que esta clave pública sólo verificará una firma digital creada con la clave privada del firmante; y, b) si el mensaje no fue modificado, lo que ocurre si el digesto calculado por el verificador es idéntico al digesto extraído de la firma digital durante el proceso de verificación¹³².

Las manifestaciones de conformidad por medios electrónicos tienen gran diversidad por ejemplo, una clave personal, la impresión digital, o tarjetas magnéticas. En definitiva las transacciones electrónicas poseen innovadores métodos de manifestación del consentimiento, cada vez más desarrolladas para evitar falsificaciones y otros tantos malos usos; hasta se puede decir que es la nueva generación de identificación personal y poco a poco reemplazarán a la firma habitual en todas las actividades humanas. Sin embargo, la firma electrónica es la única herramienta que se emplea como equivalente funcional de la firma manuscrita y para dotar de valor probatorio pleno a un mensaje de datos.

Actualmente no se puede afirmar con certeza absoluta que la información manejada en Internet sea de total validez procesal ya que, alguna parte se

¹³² Devoto, Ob. Cit. Pág. 170-171

maneja sin las seguridades necesarias y se puede decir que es vulnerable a ciertos manejos ilícitos como el de “hackers”, quienes conocen sobre sistemas de criptografía y diseñan programas informáticos capaces de descifrar los códigos, sin embargo en un corto plazo se podrá atribuirle total valor jurídico con un mejor uso de las claves y otros sistemas de seguridad que impiden la intromisión atentatoria de los protocolos de la red¹³³. Existe además el sistema de criptografía asincrónica o asimétrica¹³⁴, consisten en operaciones matemáticas mediante dos cifras seguras. Una clave privada utilizada para firmar digitalmente y su correspondiente clave pública, para verificar esa firma digital, de forma tal que, con las longitudes de claves utilizadas, sea computacionalmente no factible tanto obtener o inferir la clave privada a partir de la correspondiente clave pública, como descifrar aquello que ha sido encriptado con una clave privada sin la utilización de la correspondiente clave pública.

Uno de los mecanismos que ya tiene largo historial de uso es el de “password”, el cliente es el único que conoce el propio y su objetivo es impedir la

¹³³ **Familia de protocolos de Internet** es un conjunto de protocolos de red en la que se basa Internet y que permiten la transmisión de datos entre redes de computadoras. En ocasiones se le denomina conjunto de protocolos **TCP/IP**, en referencia a los dos protocolos más importantes que la componen: Protocolo de Control de Transmisión (TCP) y Protocolo de Internet (IP), que fueron los dos primeros en definirse, y que son los más utilizados de la familia. Existen tantos protocolos en este conjunto que llegan a ser más de 100 diferentes, entre ellos se encuentra el popular HTTP (HyperText Transfer Protocol), que es el que se utiliza para acceder a las páginas web, además de otros como el ARP (Address Resolution Protocol) para la resolución de direcciones, el FTP (File Transfer Protocol) para transferencia de archivos, y el SMTP (Simple Mail Transfer Protocol) y el POP (Post Office Protocol) para correo electrónico, TELNET para acceder a equipos remotos, entre otros.
http://es.wikipedia.org/wiki/Familia_de_protocolos_de_Internet visitada el 2 de diciembre de 2008 a las 10h58.

¹³⁴ En los sistemas de Infraestructura de Clave Pública (PKI Public Key Infrastructure) se opera con una clave pública proveída de manera segura por entidades de certificación. Implica el complemento de la firma digital aplicada mediante criptografía asimétrica y la función hash del mensaje de datos. Es necesaria la concurrencia de los tres elementos para la verificación, por lo que garantiza gran seguridad. Fernandez Acevedo Fernando, Responsabilidad Civil de los Prestadores de Servicios de Certificación, publicado en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1422> visitada el 2 de diciembre de 2008 a las 11h44

intromisión de terceros dolosos, objetivo no siempre cumplido y para el cual se desarrollan constantes métodos, empero este tipo de herramientas no podrá ser considerado firma electrónica ya que no cumple los requisitos expresados en el Art. 15 de la LCE.

Para hacer plenamente válida la firma digital, debe existir un organismo de control que la certifique. En base a este parámetro se pueden clasificar algunos tipos de firma electrónica como son firmas avanzadas, firmas fuertes, firmas con certificado, firmas débiles, firmas sin certificado, firmas electrónicas y firmas digitales¹³⁵, esta clasificación no está recogida en la LCE y solamente tiene aplicación técnica.

2.2.2.2. Requisitos

Principalmente se han expresado en el Artículo 15 LCE¹³⁶, en el primer inciso se expresa que además de la enumeración contenida en esta norma dispositiva –que son obligatorias- las partes pueden determinar otros requerimientos para cada caso.

¹³⁵ Riofrío Juan, La Prueba Electrónica, Ed. Temis, Bogotá, 2004. Pág. 180.

¹³⁶ **Art. 10 Reg. LCE.-** La firma electrónica es aceptada bajo el principio de neutralidad tecnológica. Las disposiciones contenidas en la Ley 67^o y el presente reglamento no restringen la autonomía privada para el uso de otras firmas electrónicas generadas fuera de la infraestructura de llave pública, ni afecta los pactos que acuerden las partes sobre validez y eficacia jurídica de la firma electrónica conforme a lo establecido en la ley y este reglamento. Los principios y elementos que respaldan a la firma electrónica son: a) No discriminación a cualquier tipo de firma electrónica, así como a sus medios de verificación o tecnología empleada; b) Prácticas de certificación basadas en estándares internacionales o compatibles a los empleados internacionalmente; c) El soporte lógico o conjunto de instrucciones para los equipos de cómputo y comunicaciones, los elementos físicos y demás componentes adecuados al uso de las firmas electrónicas, a las prácticas de certificación y a las condiciones de seguridad adicionales, comprendidas en los estándares señalados en el literal b); d) Sistema de gestión que permita el mantenimiento de las condiciones señaladas en los literales anteriores, así como la seguridad, confidencialidad, transparencia y no-discriminación en la prestación de sus servicios; y, e) Organismos de promoción y difusión de los servicios electrónicos, y de regulación y control de las entidades de certificación.

En general se menciona como principios de validez atribuibles a la firma electrónica, los siguientes:

- a) *Debe ser individual y su vinculación es exclusiva de su titular.*- Como la firma autógrafa, la electrónica o digital son de carácter personalísimo, es decir le pertenece únicamente a su titular. Por otro lado la vinculación implica que el titular de una firma electrónica tiene el derecho perpetuo sobre ella, adicionalmente implica que el autor pueda ser identificado como tal. En caso de que la firma se le deba atribuir a una persona jurídica, aquélla será la de su representante legal.

- b) *Que permita verificar fehacientemente la identidad del autor.*- La firma electrónica debe identificar a su titular, debe expresar con claridad a quien se le atribuye. Éste requisito se regula por los parámetros establecidos en la misma LCE (Art. 15 letra b.) y el Reg. LCE (Art. 10 letras a. y c.) para la comprobación de contenidos de los archivos que se usan en el intercambio de información.

- c) *Su método de creación y verificación debe ser confiable, seguro e inalterable para el fin por el cual el mensaje fue creado, generado o comunicado.*- Las herramientas informáticas actuales presentan una variedad de programas o software, éstos permiten acceder o realizar múltiples tareas propias de la actividad humana, cada uno de ellos ha sido desarrollado para satisfacer una necesidad específica. Así, si un mensaje

de datos fue creado con un programa en un formato determinado, su verificación se debe dar por el mismo medio.

d) *La firma electrónica al momento de su creación debe codificarse con datos que sólo estén a disposición exclusiva del signatario.*- Debe ser creada en base a la privacidad, su titular es el único que va a utilizarla y como tal debe estar plenamente convencido de crear una herramienta funcional que sólo le servirá a él en sus actividades cotidianas. Para tal efecto la ley ha dispuesto que la creación de la firma esta sujeta al uso de información única, que sólo el titular llegué a conocer el contenido de ésta, resulta útil conocer el siguiente sistema:

PKI¹³⁷ consiste en un conjunto de hardware, software, sistemas criptográficos, y tecnologías de interface que permiten la generación de pares de claves públicas y privadas; la identificación y autenticación de los titulares de las claves...” asignando “...a un determinado titular de su clave pública mediante un certificado; generación, mantenimiento, administración, suspensión, revocación y renovación de los certificados y; la creación y gestión de un directorio¹³⁸.

Los sistemas PKI suponen la prestación de un servicio de certificación por los siguientes medios¹³⁹: 1) la integridad de la clave pública de los usuarios y su correspondencia a la clave privada; 2) utilización de técnicas apropiadas de

¹³⁷ Vid. Notas 125, 134 y 270

¹³⁸ FONT, Andrés, “Seguridad y Certificación en el Comercio Electrónico: Aspectos generales y consideraciones estratégicas”, Biblioteca Fundación Retevisión, Madrid, 2000, Pág. 59. Acevedo, Ob. Cit.

¹³⁹ Devoto, Ob. Cit. Pág. 172

codificación; 3) la facultad de las entidades que emiten claves criptográficas para retener y restablecerlas para ser usadas para una codificación confidencial; 4) intercambiar los sistemas de codificación según su variabilidad y mantención con el fin de mantener su privacidad; esto se realiza mediante la aplicación de uno o más de los sistemas siguientes: a) gestión de claves criptográficas de firma digital; b) certificación de correspondencia de claves; c) provisión de claves a usuarios; d) fijación de privilegios y ventajas de los usuarios; e) publicación de listas de certificados y claves públicas; f) administración de información personalizada de cada usuario incluyendo claves privadas; g) identificación de usuarios y prestación de servicios a éstos; h) prestación de informes de repudio negativo; i) sellado cronológico; j) creación de claves de codificación con fines de confidencialidad.

e) *La firma debe ser controlada únicamente por la persona a quien le pertenece.*- Esto deviene del primer aspecto, en el cual se expresa que la firma digital y electrónica es considerada individual y su vinculación es única. Por ese carácter de personal, esta rúbrica vincula únicamente a su titular, si éste decide poner a disposición de otros el uso de la firma, él estará implicado directamente con los contenidos de un mensaje de datos creado bajo esa autorización así como de la responsabilidad por él.

2.2.2.3. Efectos y funciones.

Según el Artículo 14 de la LCE las firmas electrónicas estarán dotadas de los mismos efectos que la autógrafa en relación con los documentos que están escritos, asimismo garantiza que los documentos que la contienen han de

servir como prueba en juicio de cualquier materia. Esta disposición otorga a la firma electrónica la misma validez que el derecho civil le ha otorgado a la manuscrita, en definitiva esto implica que la utilización de aquella inicia o atribuye ciertos niveles de responsabilidad a cargo de su titular.

Se aplica el principio de no repudio que consiste en que el emisor no puede negar el envío y contenido de un mensaje de datos, mientras que el receptor no puede negar su recibo. Las funciones anotadas son las siguientes¹⁴⁰:

- a) *Indicativa*.- Identifica al titular y al remitente de la firma electrónica y del mensaje de datos.
- b) *Declarativa*.- El consentimiento de conformidad con el contenido, impide el repudio.
- c) *Probatoria*.- Permite verificar la identidad del emisor de un mensaje de datos, su contenido, fecha y hora de envío, etc.
- d) *Formal*.- Solemniza algunos actos, siempre y cuando la ley no haya supuesto formalidades específicas.

2.2.2.4. Validez Jurídica

La firma electrónica es válida cuando corresponde directamente a un mensaje de datos¹⁴¹, además porque la LCE le atribuye tal valor, equivaliendo su uso al de una firma autógrafa. Depende además del cumplimiento de ciertas obligaciones por parte de los titulares¹⁴². Se sujeta a un periodo de vigencia indefinida¹⁴³. Existen además ciertos casos de extinción¹⁴⁴.

¹⁴⁰ ORDOÑEZ Vásquez, Grace, Ob. Cit. Pág. 35.

¹⁴¹ En este sentido el **artículo 16 LCE**.

¹⁴² El **artículo 17 LCE** establece las obligaciones de los titulares de la firma electrónica. Entre las cuales podemos mencionar las siguientes: a) deben cumplir con las disposiciones de la

2.2.2.5. Certificados de Firma Electrónica

Al dar una definición de certificado de firma electrónica se está a lo dispuesto en el Artículo 20 de la LCE que dice:

Es el mensaje de datos que certifica la vinculación de una firma electrónica con una persona determinada, a través de un proceso de comprobación que confirma su identidad.

También llamado certificado digital puede ser definido como:

mencionada ley, las mismas son de carácter obligatorio y su violación conlleva las sanciones determinadas por la legislación; b) deben actuar con diligencia y tomar las medidas de seguridad necesarias en el buen uso de la firma electrónica. Se los obliga a procurar mantener la firma electrónica bajo su estricto control para evitar su uso no autorizado; c) ante el riesgo de que un tercero conozca la firma electrónica, su titular debe mantener informados a sus partes vinculadas sobre un potencial fraude o engaño en cuanto a la identidad del remitente de un determinado mensaje de datos y el uso indebido o contrario al orden público de dicha información; d) deben confirmar la exactitud de sus declaraciones; e) se obligan a responder por el uso no autorizado de su firma electrónica en caso de no haber actuado con la debida diligencia para impedir que un tercero conozca y use su firma electrónica. El titular se libra de la responsabilidad de incumplir esta obligación cuando el destinatario ha conocido de las irregularidades en la utilización de la información y ha incurrido en falta de la debida diligencia; f) en caso de existir riesgos sobre el uso de la firma electrónica, el titular de la misma deberá notificar a la entidad de certificación sobre los potenciales peligros de su uso no autorizado. Es su deber solicitar la cancelación de las firmas inmediatamente después de conocer los riesgos que se presenten sobre él.

Art. 19 Reg. LCE.- A más de las consideradas en la Ley 67 y su reglamento, serán las mismas previstas en las leyes por el empleo de la firma manuscrita. El órgano que ejerce las funciones de control prevista en la Ley 67, desarrollará los mecanismos, políticas y procedimientos para auditar técnicamente la actividad de las entidades bajo su control.

¹⁴³ El **artículo 18 LCE** ha dispuesto que la vigencia de las firmas electrónicas es indefinida en el tiempo. El Reg. LCE establece los casos de revocación, anulación y suspensión.

¹⁴⁴ La extinción de un derecho implica el hecho de que cese o acaben, ya por haberlos satisfecho, por haberlos abandonado o renunciado o por no ser ya legalmente exigibles. CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, ED. Heliasta, Buenos Aires, 2000.

El **artículo 19 LCE** determina las causas por las cuales la firma electrónica se extingue: a) la expresión de la voluntad del titular, es decir por medio de su solicitud; b) la muerte o fallecimiento e inclusive la incapacidad del titular. En el primer caso la ley se refiere al deceso natural de la persona y a la declaración judicial de muerte presunta. Con respecto al segundo debemos mencionar las disposiciones sobre capacidad que el Código Civil ha establecido. El principio general es que todas las personas gozan de *la aptitud*, por excepción se encuentran las incapacidades. En este cuerpo legal se distinguen dos tipos de incapaces, los absolutos (menores impúberes, dementes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito) y los relativos (menores adultos, interdictos y personas jurídicas); c) disolución o liquidación de la persona jurídica que es titular de la firma electrónica. Para este efecto se deberán cumplir con todas las formalidades dispuestas en la ley de la materia societaria, entre ellas la resolución de la Junta General, la declaratoria de inactividad, la resolución de la Superintendencia de Compañías y la inscripción de revocatoria en el Registro Mercantil; y, d) en caso de una orden judicial o por una declaratoria en sentencia. Si se descubren y comprueban infracciones penales o administrativas, los órganos jurisdiccionales tienen la potestad de extinguir una firma electrónica.

Estructura de datos, creada y emitida por una autoridad certificante (con o sin la participación de una autoridad de registro), con el propósito primordial de identificar a un suscriptor de sus servicios, asociándolo con la clave pública que le ha sido asignada. Hecho esto, el certificado puede ser utilizado, por ejemplo, para verificar técnicamente la autenticidad e integridad de un documento o comunicación firmados digitalmente¹⁴⁵.

El acto de certificación supone el afirmar algo, asegurarlo, tener plena conciencia de un acto o hecho y dar una realidad por verdadera o legítima. Hacer uso de los medios electrónicos para la celebración de contratos o manifestación de voluntad sin un certificado de firma electrónica coloca a su titular en la obligación de demostrar la autoría del contrato, que fue el remitente, que el mensaje fue recibido correctamente y que nadie lo interceptó o alteró.

2.2.2.5.1. Clases de certificados de firma electrónica.

Doctrinariamente se encuentran las siguientes clasificaciones¹⁴⁶:

a) Según la necesidad del mercado se clasifican en:

- De servidor seguro.
- Certificado de e-mail seguro.
- De cliente o personal.
- Pertenencia a una empresa u organización.
- De representación de una persona jurídica.

¹⁴⁵ Hess Araya, Christian, Diccionario de Derecho Informático, publicado en <http://www.hess-cr.com/secciones/dere-info/diccionario/c.shtml> visitada el 25 de marzo de 2008, 14h26.

¹⁴⁶ ORDÓÑEZ, Grace, Ob. Cit. Pág. 43.

- Raíz y llave pública.
- b) Por las seguridades que se toman en el proceso de identificación:
- De alto valor.- En él se combinan datos de estado financiero, honorabilidad y antecedentes penales.
 - De bajo valor.- solamente indican la identidad y clave del usuario.
- c) Por vigencia del certificado:
- Vigente
 - Suspendido
 - Revocado
 - Extinguido
- d) Por el carácter probatorio
- Acreditados
 - No acreditados
- e) Por el manejo de la entidad certificadora:
- Simple.- Emitido por una sola entidad de certificación.
 - Cruzada.- Acreditado por dos o más entidades.
 - Jerárquica.- Por varias entidades que mantienen una relación de dependencia, comando o jerarquía.
 - Mixta.- Utilizando dos o más de los sistemas mencionados.

2.2.2.5.2. Validez Jurídica de Certificados.

La LCE establece como principal función la de legitimar la identidad del titular de la firma y el certificado¹⁴⁷. Adicionalmente se establecen ciertos requisitos

¹⁴⁷ En este sentido el **artículo 21 LCE**.

de validez¹⁴⁸: a) identificación de la entidad de certificación de información; b) determinación del domicilio legal del organismo de certificación; c) la información del titular del certificado para facilitar la determinación de su ubicación e identidad; d) establecer el método que se utilizó para la verificación de la firma; e) debe contener las fechas de emisión y de extinción del certificado; f) cada uno ha de contener un número único e irrepetible; f) presentar la firma electrónica del organismo de certificación; y, g) si el certificado tiene limitaciones, éstas deberán estar expresadas.

Adicionalmente se establece como requisito la duración del certificado¹⁴⁹. Existen casos de caducidad establecidos en la misma ley¹⁵⁰. En otros pueden ser suspendidos¹⁵¹ o revocados¹⁵², estos eventos surten efecto desde la

¹⁴⁸ Vid. **Artículo 22 LCE**

¹⁴⁹ Al respecto el **artículo 23 LCE** se refiere al **artículo 11 Reg. LCE**. Que establece que la duración de estos certificados se establecerá en el contrato entre el titular y la entidad de certificación o quien haga sus veces. A falta de estipulación contractual se entenderá que su vigencia será de dos años. En los casos en que ésta se emita a favor de un determinado funcionario público o privado para el ejercicio de sus funciones, aquélla no podrá exceder los dos años de vigencia o el tiempo para el cual aquéllos has sido designados en caso de ser menor de dos años, excepcionalmente se puede alargar su vigencia cuando por las causales establecidas en la ley el periodo para el ejercicio del cargo público o privado se ha prorrogado.

¹⁵⁰ El **artículo 24 LCE** se refiere a los casos en los que el certificado ha de caducar. Entre ellos contamos: a) por solicitud de su titular; b) por las causales establecidas en el Artículo 19 de la misma ley para la extinción de la firma electrónica; c) expiración del plazo para su validez de acuerdo a las condiciones contratadas o de acuerdo a los mandatos del reglamento. Se entiende que la extinción opera cuando la entidad de certificación ha sido notificada de la decisión del titular, excepto en el caso de fallecimiento del titular cuando opera ipso iure con el hecho de la muerte. En los casos de personas plagiadas, raptadas o desaparecidas, el certificado perderá su validez en la fecha de la denuncia de la desaparición. A pesar de que el certificado se extinga, su titular estará obligado a cumplir con todas las responsabilidades de su calidad.

¹⁵¹ El **Art. 25 LCE** establece que la entidad certificadora debe suspenderlo cuando: a) lo disponga el Concejo Nacional de Telecomunicaciones, por las causas determinadas en la misma ley; b) la entidad de certificación compruebe que existe falsedad en la información declarada por el titular del certificado; c) exista incumplimiento del contrato celebrado por la entidad y el titular, pudiendo ser exigida por cualquiera de los dos.

El procedimiento de suspensión por parte de la entidad de certificación supondrá una notificación inmediata a su titular y al organismo de control, en ésta se enunciará la causa por la que se ordenó la suspensión. La medida quedará sin efecto, y la entidad estará obligada a ponerle fin, cuando las causas que lo indujeron desaparezcan. Además se la obliga a disponerlo si lo ordenare el organismo de control mediante acto administrativo.

¹⁵² **Art. 26 LCE** establece causas de revocatoria: a) si la entidad de certificación cayese en inactividad por las razones dispuestas en la legislación, siempre y cuando ningún otro

notificación¹⁵³. Según Efraín Torres este proceso debería suponer tres momentos: a) la expedición de la resolución del CONATEL; b) la comunicación al titular¹⁵⁴; y, c) la publicación de la resolución¹⁵⁵. En cuanto a este último, se encuentra la disposición del Art. 1 de las Reformas al Reg. LCE, según el cual la publicación se debe realizar en cualquier medio de comunicación y por pedido de un tercero vinculado.

Existe el reconocimiento de validez de certificados emitidos bajo ley extranjera¹⁵⁶ En todo caso nuestra legislación civil dispone que la

certificador asumiera las cuentas de la cesada; b) en caso de que la entidad de certificación cayera en quiebra judicialmente declarada.

Art. 12 Reg. LCE.- Las entidades de certificación de información proporcionarán mecanismos automáticos de acceso a listas de certificados revocados o suspendidos de acuerdo al artículo 26º de la Ley 67. Cuando la verificación de la validez de los certificados de firma electrónica no sea posible de realizar en tiempo real, la entidad de certificación de información comunicará de este hecho tanto al emisor como al receptor del mensaje de datos. Los períodos de actualización de las listas de certificados suspendidos, revocados o no vigentes por cualquier causa se establecerán contractualmente.

Art. 13 Reg. LCE.- Establecidas las circunstancias determinadas en la Ley 67, se producirá la revocación, que tendrá también como consecuencia la respectiva publicación y la desactivación del enlace que informa sobre el certificado. En caso de que las actividades de certificación vayan a cesar, la entidad de certificación deberá notificar con por lo menos noventa días de anticipación a los usuarios de los certificados de firma electrónica y a los organismos de regulación control sobre la terminación de sus actividades. La cesión de certificados de firma electrónica de una entidad de certificación a otra, contará con la autorización expresa del titular del certificado. La entidad de certificación que asuma los certificados deberá cumplir con los mismos requisitos tecnológicos exigidos a las entidades de certificación por la Ley 67 y este reglamento.

¹⁵³ **Art. 27 LCE.-** Tanto la suspensión temporal, como la revocatoria, surtirán efectos desde el momento de su comunicación con relación a su titular; y, respecto de terceros, desde el momento de su publicación que deberá efectuarse en la forma que se establezca en el respectivo reglamento, y no eximen al titular del certificado de firma electrónica, de las obligaciones previamente contraídas derivadas de su uso.

La entidad de certificación de información será responsable por los perjuicios que ocasionare la falta de comunicación, de publicación o su retraso

¹⁵⁴ **El Artículo 14 Reg. LCE** establece que se debe hacer tanto a la dirección electrónica como a la física que se han dispuesto para el efecto.

¹⁵⁵ **Artículo 15 Reg. LCE** establece que se deberá hacer siempre en la página electrónica del Concejo Nacional de Telecomunicaciones y en la de la entidad certificadora. Además establece que se deberá programar un aviso en el hipervínculo de verificación, sea que éste forme parte de la firma electrónica, que conste en un directorio electrónico o por cualquier procedimiento de verificación de los datos de la firma electrónica. Si la entidad de certificación lo cree necesario, se podrá realizar la publicación en otro medios de comunicación públicos.

¹⁵⁶ **Artículo 28 LCE** en el caso de certificados emitidos por organismos extranjeros tendrán la misma validez que los nacionales siempre y cuando obedezcan a requisitos al menos equivalentes a los estipulados por nuestra legislación. La estipulación contractual sobre el uso de determinados tipos de certificados o firmas es suficientemente eficaz, lo que permite

contravención de las normas ecuatorianas de derecho público acarrea que el contrato adolezca de objeto ilícito, por lo que según criterio de Efraín Torres¹⁵⁷, es necesario establecer criterios equivalentes. Al respecto se debe mencionar el Art. 2 de las Reformas al Reg. LCE, según el cual la validez de certificados de firma electrónica emitidos en el extranjero requiere revalidación de la Entidad de Certificación de Información y Servicios Relacionados Nacional, en este caso el Banco Central del Ecuador, debiendo verificar los niveles de fiabilidad de los certificados y sus emisores.

Los certificados de firma electrónica, por ser considerados mensaje de datos y en virtud de las disposiciones de la LCE y su Reglamento están dotados de fuerza probatoria según su contenido y el cumplimiento de los requerimientos de aquellas normas. Cabe mencionar el Art. 3 de las Reformas del Reg. LCE, el mismo que les da carácter probatorio conforme las condiciones previamente establecidas.

2.2.3. Aplicación particular de la Teoría de la Prueba a los medios probatorios mencionados.

modificar en alguna parte las disposiciones legales de carácter no sustancial. Es obligación del Estado firmar acuerdos internacionales de tendencia uniforme en estos casos y que permitan armonizar las disposiciones que regulan los aspectos del desarrollo tecnológico.

Art. 16 Reg. LCE.- Los certificados de firma electrónica emitidos en el extranjero tendrán validez legal en Ecuador una vez obtenida la revalidación respectiva emitida por el CONATEL, el deberá comprobar el grado de fiabilidad de los certificados y la solvencia técnica de quien los emite.

¹⁵⁷ Torres, Ob. Cit., Pág. 41

Art. 1478 CC.- Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.

2.2.3.1. Naturaleza Jurídica

Son clasificados actualmente entre las pruebas típicas, legales y nominadas, ya que su uso está regulado por la legislación tanto para su presentación como en la apreciación. Se les atribuye una condición análoga a la de prueba documental. El uso de documentos electrónicos supone el almacenamiento de datos en un soporte informático, denominado disco duro u otro tipo de soporte de memoria electrónica. La autora Mónica Viloría¹⁵⁸ sostiene que *“este acto constituye un tipo de escritura, el cual no puede ser leído sin la ayuda de un ordenador”*. Es inminente su incorporación al sistema probatorio como medio de expresión de la voz y pensamiento humano. *“El flujo de electrones es la nueva tinta, los discos duros o memorias rígidas el nuevo papel y la escritura de bits el nuevo alfabeto”*¹⁵⁹. Son por tanto formas desmaterializadas de expresión del pensamiento humano, las mismas que reemplazarán a las consideradas convencionales y que han sido utilizadas desde la invención de la escritura.

La evidencia digital es un *“tipo de evidencia física construida por campos magnéticos y pulsos electrónicos que pueden ser recolectados y analizados con herramientas y técnicas especiales”*¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Mónica Viloría, Los Mensajes de Datos y la prueba de los negocios, actos y hechos con relevancia jurídica soportados en formatos electrónicos, publicado en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=73>, visitada el 13 de octubre de 2008, 10h52.

¹⁵⁹ VERDE y BORRUSO citados por Rengel Romberg, Aristides. Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, Tomo IV, El procedimiento Ordinario, Las pruebas en particular, Editorial Arte, Caracas, 1997, p.236, Cita de Viloría, Ob. Cit.

¹⁶⁰ Cano, Jeimy José. Admisibilidad de la Evidencia Digital: De los conceptos legales a las características técnicas. Derecho de Internet y Telecomunicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Los Andes. Editorial Legis. 2003. Bogotá. Pág. 195. Basado en la definición dada por el autor Casey E. en: Digital Evidence and Computer Crime, Academic Press, 2000. Cita de Diana Bogota Prieto, Claudia Moreno Peña, Evidencia Digital en Colombia: Una reflexión en la práctica, publicado en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=9330>, visitada el 13 de octubre de 2008, 11h04.

Al respecto el estándar norteamericano sobre evidencia digital determina tres categorías plenamente distinguidas¹⁶¹:

a) Registros simplemente generados por computador; b) Registros no generados en computadores pero almacenados en éstos; y, c) Registros híbridos: Incluyen los generados por computador y almacenados en los mismos.

En base a esta clasificación conviene analizar si fue una persona quien creó el archivo o si fue generado únicamente por medio de un ordenador.

2.2.3.1.1. Fuentes y medios de prueba electrónica

Conforme lo anotado en el capítulo anterior, la fuente de prueba es un concepto amplísimo, con multiplicidad de manifestaciones. En el caso de cualquier tipo de contratación, el acto es la fuente, mientras que los documentos que lo respaldan consisten en medio de prueba, en el caso documental. Asimismo en los casos de contratación electrónica o cualquier actividad realizada con ayuda de medios tecnológicos. La opinión de VILORIA permite entender mejor la distinción en el caso electrónico:

(...) cualquier mensaje o información electrónica independientemente de su contenido, constituyen sin duda una “fuente de prueba” que, eventualmente, podrían convertirse en un “medio de prueba” si su contenido se considera relevante para

¹⁶¹ Certáin Jaramillo, Andrés Felipe. Evidencia Digital: Contexto e Implicaciones Nacionales. Tesis. (Abogado) Director: Jeimy José Cano. Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho. Bogotá. 2004. Cita de Diana Bogota Prieto, Claudia Moreno Peña, Ob. Cit.

demostrar la realidad de un determinado hecho, acto o negocio jurídico jurídicamente relevante¹⁶².

La fuente se convierte en prueba al momento de la presentación ante un tribunal conforme lo dispuesto por la LCE, esto es la presentación de transcripción al papel y el soporte informático, así como las herramientas necesarias para su apreciación en formato original. Se puede entender entonces que la fuente de prueba es un “*concepto metajurídico, extrajurídico o a-jurídico*”¹⁶³, por otro lado el medio de prueba es una concepto eminentemente procesal – administrativo, judicial o arbitral-.

2.2.3.2. Eficacia y fuerza probatoria

La eficacia depende de la ley sustantiva y el cumplimiento de los requerimientos, mientras que la valoración de la adjetiva. Inclusive antes de la emisión de la LCE se autorizaba algún valor probatorio a estos instrumentos, actualmente se deben obedecer algunos requisitos y se deja abierta la posibilidad de un examen pericial que verifique su eficiencia (Art. 55 Loc. Cit.).

BOWDEN afirma que la evidencia electrónica es muy superior a la tradicional, es casi indestructible, secreta y abundante¹⁶⁴. Los documentos, de cualquier clase que fueren pueden alcanzar a ser plena prueba, configurar un indicio o un principio de prueba, todo dependerá de la condición de los medios

¹⁶² Vilorio, Mónica, Ob. Cit.

¹⁶³ Ib.

¹⁶⁴ Cita de RIOFRÍO, Juan Carlos, Eficacia probatoria de los documentos electrónicos, publicado en http://works.bepress.com/juan_carlos_riofrio/10/, visitada 13 de octubre de 2008, 15h23.

presentados¹⁶⁵. Por otro lado la ley española de enjuiciamiento civil se refiere a las pruebas electrónicas y las describe como medios de reproducción de palabra, sonido e imagen, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes al proceso. Es decir, los documentos electrónicos pueden probar un sinnúmero de hechos, los mismos que antes requerían la práctica de muchas otras diligencias y presuponían una dilación del proceso y de la administración de justicia.

El artículo 54 LCE letra a (Loc. Cit.) establece que el contenido del archivo desmaterializado de los mensajes de datos –fuente de prueba- como la impresión física –medio de prueba- que se haga de ellos constituirá diligencia probatoria a favor de las partes en el devenir del proceso¹⁶⁶. Los nuevos medios permiten probar un sinnúmero de situaciones fácticas. Sin embargo, su plena aplicación en sentencia depende de ciertos requisitos, de los cuales depende su admisibilidad, entre ellos están los siguientes:

- a) *Autenticidad*.- Los documentos electrónicos pueden ser manipulados, en todo caso se deberá verificar su origen y contenido¹⁶⁷.
- b) *Confiabledad*.- Deben provenir de fuentes creíbles y verificables.
- c) *Suficiencia*.- Disponer de todos los elementos necesarios y cumplimiento de requisitos.
- d) *Conformidad con la ley y reglas de la administración de justicia*.- a pesar de estar sujetas a las reglas de la sana crítica, existen parámetros establecidos en la ley y las normas procesales que dotan a la prueba electrónica de validez en juicio, por ejemplo los artículos 52, 53, 54 y 55 de LCE.

¹⁶⁵ RIOFRÍO, Juan, Ob. Cit.

¹⁶⁶ VILORIA, Mónica, Ob. Cit.

¹⁶⁷ Vid. Título 2.2.3.6.1. del presente estudio.

Aportados al proceso, el secretario deberá de extender la correspondiente diligencia con constancia de día y hora de presentación. Inmediatamente debería dar cuenta al juez de los instrumentos presentados, tomar medidas de custodia de los instrumentos, evitar que se alteren o deterioren¹⁶⁸.

2.2.3.2.1. Principio de aptitud natural probatoria.

Los medios electrónicos tienen eficacia probatoria desde que son documentos, y no desde que el preclaro legislador lo dispuso¹⁶⁹. Promulgar normas positivas sobre principios generales del derecho pudieran afectarlos con una pérdida de su carácter¹⁷⁰. Todo documento posee una aptitud probatoria concreta, un instrumento público es superior a uno privado carente de firma. La suscripción de cualquier documento demuestra integridad, si apareciera una rúbrica en cada página. El valor probatorio es intrínseco a cada medio y las normas positivas pueden reducirlo y tasar la prueba, por ejemplo la prohibición civil de pedir prueba testimonial habiendo demandado una cuantía mayor a ochenta dólares norteamericanos¹⁷¹.

Se ha expresado que se puede consagrar estos principios universales de manera explícita e implícita. La primera de ellas se configura genéricamente, por ejemplo en el mandato de la ley para que los jueces no denieguen la administración de justicia en los casos en que no existe ley expresa, lo deben

¹⁶⁸ VILABOY, Lotario, El denominado documento electrónico como medio de prueba en el proceso civil, Publicado en Comercio electrónico e Internet, José Antonio Gómez (Dir.), ED. Marcial Pons, Madrid, 2001, Pág. 490.

¹⁶⁹ RIOFRÍO, Juan, La prueba electrónica, Ed. Temis, Bogotá, 2004, Pág. 70.

¹⁷⁰ A. Hernández Gil, La posesión, Madrid, Ed. Civitas, 1980, Pág. 48, cita de Ib. Pág. 71.

¹⁷¹ Vid. Art. 1727 CC

hacer usando las normas análogas más cercanas y a falta total de éstas se debe obedecer a principios de derecho universal¹⁷²; se expresa además concretamente, por ejemplo en la presunción de buena fe de la persona. El principio en mención se ha manifestado por la legislación especial de manera explícita y concreta (Art. 52 LCE Loc. Cit.).

La aptitud probatoria se refiere a la originalidad de los mensajes de datos. Se puede conservar información en este formato y ésta constituye plena prueba documental de conformidad a lo expresado por la ley.

Se expresa además en la equivalencia de estos instrumentos con sus pares escritos; si la norma positiva exige que los documentos consten por escrito y con soporte físico, este requerimiento quedará cumplido con un mensaje de datos (Art. 6 LCE Loc. Cit.) siempre que cumpla con los requisitos de ley (Art. 8 LCE y 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 10 RLCE) entre los que están la accesibilidad para posterior consulta, conservación de formato de creación, envío y recepción; mantención de datos de origen, el destino, la fecha y la hora, etc.; garantía sobre su integridad, entre otros . Se les otorga igual valor jurídico que a documentos escritos, debiendo respetar los requerimientos legales (Art. 2 LCE Loc. Cit.) y reglamentarios¹⁷³.

¹⁷² **Art. 18 CC.-** Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: (...) 7. A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.

¹⁷³ **Art.3 Reg. LCE.-** Se entiende que la información contenida en un mensaje de datos es accesible para su posterior consulta cuando: a. Ha sido generada y puede ser almacenada en un lenguaje electrónico/informático y formato entendibles por las partes involucradas en el intercambio de información y sus respectivos sistemas informáticos de procesamiento de la información, pudiéndose recuperar su contenido y el de los remitidos o anexos correspondientes en cualquier momento empleando los mecanismos previstos y reconocidos para el efecto; y, b. Se puede recuperar o se puede acceder a la información empleando los

Se menciona como parte de estas manifestaciones legales la incorporación por remisión ¹⁷⁴(Art. 3 LCE Loc. Cit.), los documentos electrónicos podrán constar de varias partes, aparecen junto a la presentación original del mensaje y su acceso se permite por medio de éste.

La última manifestación de equivalencia funcional es la firma electrónica, la misma que ofrece más seguridades que la autógrafa, las legislaciones del mundo han dispuesto normas para garantizar la seguridad y autenticidad en el uso de éstas. REYES KRAFT¹⁷⁵ compara los elementos formales, funcionales, la integridad y accesibilidad entre firma manuscrita y digital. Los primeros se

mecanismos previstos al momento de recibirlo y almacenarlo, y que deberán detallarse y proporcionarse independientemente del mensaje de datos a fin de garantizar el posterior acceso al mismo.

Las publicaciones que las leyes exijan por escrito, sin perjuicio de lo establecido en dichas leyes, podrán adicionalmente efectuarse en medios electrónicos en forma de mensajes de datos.

Cumplidos los requisitos de accesibilidad, el mensaje de datos tiene iguales efectos jurídicos que los documentos que constan por escrito.

¹⁷⁴ **Art. 1 Reg. LCE.-** La incorporación por remisión a que se refiere el artículo 3 de la Ley 67, incluye archivos y mensajes incorporados por remisión o como anexo en un mensaje de datos y a cuyo contenido se accede indirectamente a partir de un enlace electrónico directo incluido en el mismo mensaje de datos y que forma parte del mismo.

La aceptación que hacen las partes del contenido por remisión deberá ser expresada a través de un mensaje de datos que determine inequívocamente tal aceptación. En el caso de contenido incorporado por remisión a través de un enlace electrónico, no podrá ser dinámico ni variable y por tanto la aceptación expresa de las partes se refiere exclusivamente al contenido accesible a través del enlace electrónico al momento de recepción del mensaje de datos.

En las relaciones con consumidores, es responsabilidad del proveedor asegurar la disponibilidad de los remitidos o anexos para que sean accedidos por un medio aceptable para el consumidor cuando éste lo requiera. En las relaciones de otro tipo las partes podrán acordar la forma y accesibilidad de los anexos y remitidos.

Los anexos o remisiones referidas a garantías, derechos, obligaciones o información al consumidor deberán observar lo establecido en la LODC y su reglamento.

Toda modificación a un anexo o remitido en un mensaje de datos se comunicará al receptor del mismo, a través de un mensaje de datos o por escrito, resaltando las diferencias entre el texto original y el modificado. En el texto modificado se deberá incluir en lugar visible y claramente accesible un enlace al contenido anterior. La comunicación al consumidor acerca de modificaciones no constituye indicación de aceptación de las mismas por su parte. Dicha aceptación deberá ser expresa y remitida por cualquier medio, ya sea éste físico o electrónico. Cuando las leyes así lo determinen, cierto tipo de información deberá estar directamente incluida en el mensaje de datos y no como anexo o remitido.

¹⁷⁵ REYES, KRAFFT, Alfredo Alejandro, La firma electrónica <http://www.razonypalabra.org.mx/libros/libros/firma.pdf>. visitada 23 de noviembre de 2008 a las 15h36.

manifiestan en firma como signo personal y el *animus signandi*¹⁷⁶, su expresión es evidente en los dos tipos de firma. La funcionalidad se mide en la posibilidad de identificar a quien suscribe un acto y autenticarlo por medio de la expresión del consentimiento; en ambos casos se equipara la protección. Por otro lado este análisis mide la integridad y accesibilidad, la firma electrónica supera a su par escrita, su manipulación es complicada y su uso es privativo del titular. Su falsificación es poco probable.

2.2.3.2.1.1. Documento con firma electrónica certificada

Este tipo de documento es dotado de fuerza probatoria de instrumento privado con reconocimiento¹⁷⁷. Se les otorga una presunción *–ius tantum*¹⁷⁸- de autenticidad (Art. 10 y 53 LCE Loc. Cit.), pudiendo solicitar una comprobación técnica en casos de duda (Art. 54 LCE Loc. Cit.). La exigencia para garantizar la equivalente aptitud probatoria se manifiesta en las obligaciones expuestas por la ley para ser cumplidas por titulares de firmas electrónicas (Art. 17 LCE Loc. Cit.), sin el cumplimiento de éstas, se podría alegar el uso de los códigos por parte de terceros y no del titular, consiste en una falta de diligencia u omisión culposa.

2.2.3.2.1.2. Documento carente de firma digital certificada

¹⁷⁶ Voluntad de asumir el contenido documental.

¹⁷⁷ Riofrío, Ob. Cit., Pág. 78. Vid. Art. 194 CPC (Loc. Cit.)

¹⁷⁸ Admite prueba en contrario.

ETTORE sostiene *“el acto escrito carente de la suscripción y, por tanto, carente del valor de escritura privada, tiene un relieve jurídico modesto, en general, no superior a cualquier otro medio de prueba y a menudo inferior al testigo”*¹⁷⁹.

Enunciado que alcanza al documento electrónico que carezca de firma conforme lo requerido por la ley, por tanto el juez deberá hacer un análisis de sana crítica ya que todo documento tiene un valor probatorio intrínseco.

LESSONA señala que *“cuando la ley no determine el valor de un medio probatorio, entonces el juez tiene la mayor libertad, pudiendo atribuirle a aquel medio el valor de una prueba plena, o negarle también el de simple indicio”*¹⁸⁰.

Sin embargo no todos los jueces actúan así, no admiten la prueba reconocida por el texto de la ley y por temor a prevaricar fallan sin certeza de los hechos.

El documento privado debe ser reconocido para afianzar su fuerza probatoria, sin embargo existen casos en los que esta diligencia se omite¹⁸¹. El documento

privado no reconocido carece de valor frente al derecho, por lo menos en Argentina y Chile; en España, el Tribunal Supremo en sentencias de 8 de febrero de 1991 establece que por su naturaleza los documentos electrónicos carecen de firma autógrafa y admite su naturaleza documental¹⁸². Este

reconocimiento ha quedado consagrado en las jurisprudencias italiana, francesa y una parte de la chilena, posteriormente se habría de manifestarla en leyes positivas con el nombre de principio de neutralidad tecnológica¹⁸³.

¹⁷⁹ Cita de RIOFRÍO, Juan, Ob. Cit.

¹⁸⁰ LESSONA, Carlos, Teoría general de la prueba en el derecho civil, Madrid, T. I., Ed. Reus, 1983, Pág. 355. Cita de RIOFRÍO, Ob. Cit., Pág.82.

¹⁸¹ Vid. artículos 37 y 63 del Código de Comercio. Referidos a contabilidad y a libros de correspondencia.

¹⁸² RIOFRÍO, Ob. Cit. Pág. 83.

¹⁸³ Art. 2 y 54 LCE Loc. Cit. Implica la no discriminación de la evidencia electrónica por los programas que hayan sido utilizados en su creación, envío, transmisión y recepción.

La LCE supedita la fuerza de los medios tipificados a las normas adjetivas¹⁸⁴, ésta disposición debería hacer pensar que los instrumentos electrónicos son apreciados bajo el uso de libre criterio judicial¹⁸⁵. Según esta disposición, las pruebas electrónicas deben ser apreciadas por el juez, pero él no tiene la obligación de expresar su motivación en la sentencia.

En Ecuador, se debería considerar a este tipo de documento al menos como principio de prueba¹⁸⁶. En todo caso, el documento electrónico carente de firma será prueba en los siguientes casos¹⁸⁷: a) si de autos aparecen suficientes pruebas concordantes que avalan su autenticidad, integridad y demás garantías; y, b) si existe suficiente evidencia electrónica y el juez la valorara como tal. Para el efecto, en la generalidad de los casos, el juez deberá fundamentar su análisis en el informe pericial que determine el nivel de fiabilidad y seguridad de los documentos electrónicos.

2.2.3.2.2. Hechos

Cualquier clase de hechos se puede justificar por medio de documentos o pruebas electrónicas, esto porque la legislación ha permitido a las personas y en específico a las partes en juicio, demostrar cualquier afirmación haciendo uso de los medios de prueba establecidos en el CPC y las leyes de la

¹⁸⁴ **Art. 52 LCE.-** (...) Para su valoración y efectos legales se observará lo dispuesto en el CPC.
Art. 55 LCE.- (...) En todo caso la valoración de la prueba se someterá al libre criterio judicial, según las circunstancias en que hayan sido producidos.

¹⁸⁵ **Art. 121 CPC.-** (...) Se admitirá también como medios de prueba (...) los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología (...) Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos.

¹⁸⁶ Al respecto Riofrío menciona jurisprudencia laboral ecuatoriana: (...) el sobre de pago de sueldo que se menciona (...), redargüido de falso para [sic] la demandada (...), esa alegación por entrañar afirmación de la falsedad de lo impugnado, debió justificarse, lo cual no ha ocurrido en el presente juicio. (Gaceta Judicial, serie XI, núm. 8, Pág. 1167)

¹⁸⁷ RIOFRÍO, Juan Carlos, Ob. Cit., Pág. 85.

República. En todo caso el actor o el demandado pueden, discrecionalmente, hacer uso de cualquiera de ellas según crean conveniente.

Empero, existen limitaciones a este derecho, por las cuales los jueces no están obligados a calificar el contenido de una prueba sin antes haberla evaluado a la luz del criterio de pertinencia y conducencia o utilidad del medio de prueba propuesto¹⁸⁸. El único medio que servirá para determinar la validez que el juez o tribunal le da a una prueba de este tipo se presenta en la sentencia, además de su eficacia, el órgano jurisdiccional debe calificar la legalidad con la que fue obtenida la prueba.

2.2.3.2.3. Contratos

La existencia de este tipo de negocios jurídicos se puede probar por varios medios, asimismo, la legislación procesal no ha determinado específicamente las fuentes que servirán para presentar una prueba en cada caso. Existen algunas imposibilidades o excepciones expuestas por la ley, por ejemplo, no se puede probar la creación o extinción de ciertas obligaciones por medio de testigos, otro caso es la imposibilidad de probar por medio de prueba documental los actos sujetos a solemnidades. Por otro lado alguna parte de la legislación ha manifestado que otros actos se perfeccionan por medio de la voluntad de las partes.

En general, la creación de contratos y obligaciones es preferentemente celebrada por medio de contratos escritos, a pesar de esto, los negocios se pueden realizar mediante documentos electrónicos y su uso como prueba es

¹⁸⁸ Ibídem.

inminente, al menos en ciertos casos; e inclusive en los negocios acordados por este medio, las partes pueden solicitar un respaldo físico del acto –factura, declaración de aceptación del negocio, liquidación, etc.-conforme se desarrolla el uso de los medios tecnológicos, los mismos contratantes priorizan el uso de aquéllos para probar relaciones contractuales determinadas.

2.2.3.2.4. Evidencia penal

La evidencia en materia penal no solo responde a documentos electrónicos y su contenido. Los delitos informáticos –intervención de ordenadores, redes, etc.- se ejecutan principalmente por estos medios, son objetos primordiales en cuanto se refiere al *iter criminis*. En materia penal se debe observar los siguientes principios¹⁸⁹:

- a) Las autoridades que forman parte del sistema judicial penal –Ministerio Público, Policía Judicial, Judicaturas Especializadas- deben mantener las condiciones de conservación del contenido de los soportes informáticos, así como obtener las órdenes judiciales correspondientes para intervenir redes de comunicación, por ejemplo.
- b) En algunas ocasiones se puede acceder a la información contenida en los discos rígidos, siempre y cuando se haga constar las razones de esa intervención y las condiciones en que se dio.
- c) Se debe mantener un inventario de la información que se contiene en dichos soportes. Los análisis posteriores deben recaer y verificar la información primaria que fue recogida por las autoridades

¹⁸⁹ Ministerio Público del Ecuador, Manual de manejo de evidencias digitales y entornos informáticos, Quito, 2007, Pág. 2

d) El Fiscal o autoridad investigadora es responsable de preservar la información, de acuerdo a los principios previamente mencionados.

FELDMAN y KHON¹⁹⁰ sugieren aplicar las siguientes medidas:

a) Informar rápidamente, a quienes tienen los sistemas, que pueden guardar información delictual; b) respaldar la información de discos duros y otras unidades; c) recolectar los disquetes y otros como correos electrónicos; d) preguntar a testigos sobre el uso que se les daba a los ordenadores; e) sacar imágenes lógicas del disco duro frecuentemente; f) preservar y custodiar los equipos; g) contratar un experto para que descubra la mayor cantidad de evidencia posible.

2.2.3.3. Procedimiento y producción de prueba electrónica

Este aspecto es ampliamente tratado por la LCE, le dedica un capítulo entero que ya ha sido analizado previamente. El ANEXO 4 contiene un esquema del procedimiento señalado por la ley.

2.2.3.3.1. Presentación de documentos electrónicos.

La producción de estas pruebas se debe sujetar a lo estipulado en el artículo 54 de la LCE (Loc. Cit.), según el cual la práctica de esta prueba se realiza de conformidad con el código adjetivo civil, esto es por las normas referidas a la prueba y específicamente a instrumentos, excepcionalmente se puede realizar otro tipo de diligencia como exhibición, peritación o inspección de documentos electrónicos.

¹⁹⁰ Feldman, Joan; Khon Rodger, Collecting Computer-Based Evidence, New York Law Journal, 26 de enero de 1998. Cita de Riofrío, Ob. Cit., Pág. 150.

Puntualmente la LCE exige que la presentación de estos medios se haga adjuntando su soporte informático y la transcripción al papel. En algunos casos las certificadoras prestan el servicio de impresión de documentos electrónicos, lo que resulta muy útil en un sistema como el nuestro donde se prioriza la información documental tradicional. Después de presentada, la contraparte tiene tres días para impugnarla¹⁹¹. Asimismo en este término deberá conferirse copia integra a la defensa¹⁹².

2.2.3.3.1.1. Documentos con firma electrónica.

Si un documento posee este atributo, aunque sea impugnado, vale; excepto en el caso de un examen pericial determine que la firma no es segura y no es de fiar. Si por alguna causa se omite la entrega de la transcripción de un documento firmado electrónicamente, se podrá subsanar esta falla posteriormente, es una cuestión formal.

Las firmas electrónicas son emitidas por empresas internacionales muy serias y de reconocida trayectoria. Sin embargo, se necesita la participación de un certificador nacional, que desde octubre de 2008 es el Banco Central del Ecuador como entidad encargada de esa actividad¹⁹³, en virtud de la autorización del CONATEL otorgada mediante Resolución No. 481-20-CONATEL-2008 de fecha 8 de octubre de 2008, por la cual se aprueba la

¹⁹¹ Art. 194 CPC núm. 4. (Loc. Cit.)

¹⁹² Riofrío, Ob. Cit. Pág. 135.

¹⁹³ Visitada el 17 de noviembre de 2008, a las 15h44 www.conatel.gov.ec/site_conatel/index.php?option=com_content&view=article&id=382:la-certificacion-de-informacion-de-la-firma-digital-cuenta-con-regulacion-del-conatel&catid=46:noticias-articulos&Itemid=184

petición de dicha institución como Entidad de Certificación de Información y Servicios Relacionados. La eficacia de los documentos firmados carentes de certificación nacional se ratifica mediante la revalidación del certificado extranjero ante la autoridad nacional¹⁹⁴, probando la suficiencia técnica y fiabilidad¹⁹⁵, y por acuerdo entre las partes¹⁹⁶.

2.2.3.3.1.2. Documento carente de firma electrónica.

Riofrío dice que un documento con firma digital o electrónica se presume válido. Pero una cosa es que se presuma válido y otra que lo sea, entonces se debe crear la presunción a favor de este tipo de documentos¹⁹⁷. Los peritos pueden establecer mediante un examen la garantía de estos instrumentos.

Si la prueba que se pretende hacer valer no cumple con alguno de los requisitos del artículo 54 LCE, será labor de las partes justificar y del juez

¹⁹⁴ **Primera Disposición General LCE.-** Los certificados de firmas electrónicas, emitidos por entidades de certificación de información extranjeras y acreditados en el exterior, podrán ser revalidados en el Ecuador siempre que cumplan con los términos y condiciones exigidos por la Ley. La revalidación se realizará a través de una entidad de certificación de información acreditada que garantice en la misma forma que lo hace con sus propios certificados, dicho cumplimiento.

¹⁹⁵ Artículo 28 inciso primero LCE. (Loc. Cit.)

¹⁹⁶ Ib. Inc. Tercero.

Artículo 17 Reg. LCE.- Para obtener autorización de operar directamente o a través de terceros relacionados en Ecuador, las entidades de certificación de información deberán registrarse en el CONATEL.

Los certificados de firma electrónica emitidos por las entidades de certificación de información que, además de registrarse, se acrediten voluntariamente en el CONATEL, tienen carácter probatorio.

Las entidades que habiéndose registrado y obtenido autorización para operar, directamente o a través de terceros relacionados en Ecuador, no se acrediten en el CONATEL, tendrán la calidad de entidades de certificación de información no acreditadas y están obligadas a informar de esta condición a quienes soliciten o hagan uso de sus servicios, debiendo también, a solicitud de autoridad competente, probar la suficiencia técnica y fiabilidad de los certificados que emiten.

Artículo 2 Reformas Reg. LCE.- En virtud de la reforma al Art. 16, los certificados de firma electrónica emitidos en el extranjero tendrán validez legal en el Ecuador una vez obtenida la revalidación respectiva por una Entidad de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditada ante el CONATEL, la cual deberá comprobar el grado de fiabilidad de dichos certificados y de quien los emite.

¹⁹⁷ Riofrío, Ob. Cit. Pág. 138.

admitir su práctica (v. gr., Si se presenta como evidencia una copia de un disco duro). Pueden darse casos en que la emisión de mensajes de datos cumpla con los requisitos de la ley del lugar y no donde se pretende usar como prueba, existe la presunción del Código Sánchez Bustamante¹⁹⁸.

2.2.3.3.2. Exhibición de documentos electrónicos

Es pertinente analizar esta diligencia independientemente, ya que la legislación ha dotado a los documentos electrónicos de características análogas a las de instrumentos físicos, esto por el principio de equivalencia funcional.

Esta diligencia se puede dar en juicio si el mensaje de datos promovido como prueba, su copia en disco magnético y su reproducción en papel no están en poder de la parte que la promueve; pudiendo estar en manos de la contraparte e inclusive de un tercero. En este caso es pertinente y viable en obediencia a las normas establecidas en el CPC. Sin embargo, se entiende que las partes tienen un deber de disponibilidad¹⁹⁹ de los documentos que, si no se cumple puede ser ejecutado mediante una medida coercitiva como es la providencia judicial de exhibición de documentos. La parte solicitante deberá aportar la

¹⁹⁸ **Art. 402 Código de Derecho Internacional Privado Sánchez Bustamante.-** Los documentos otorgados en cada uno de los Estados contratantes, tendrán en los otros el mismo valor en juicio que los otorgados en ellos, si reúnen los requisitos siguientes: 1.- Que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes del país del otorgamiento y de aquel en que el documento se utiliza; 2.- Que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse conforme a su ley personal; 3.- Que en su otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos; 4.- Que el documento esté legalizado y llene los demás requisitos necesarios para su autenticidad en el lugar donde se emplea.

Art. 16 CC.- La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el CPC. La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese.

¹⁹⁹ VILORIA, Mónica, Ob. Cit.

información que conozca sobre la ubicación y el poseedor del mensaje de datos.

En este aspecto es importante mencionar al CPP²⁰⁰, donde se impone la obligación de informar a la autoridad sobre datos informáticos. Esta potestad es una evidente manifestación de la mixtura de principios dispositivo e inquisitivo en la producción de pruebas en procesos.

El incumplimiento de la exhibición se castiga con una multa muy baja²⁰¹. Además la ley mercantil establece que de no exhibir los libros de un comerciante, se estará a lo constante en los asientos de quien pide la diligencia²⁰², en similar sentido la Ley de Propiedad Intelectual²⁰³.

La diligencia quedará cumplida con la presentación por medio de su obligado del documento electrónico conforme lo establecido en el artículo 54 (Loc. Cit.) de la LCE.

2.2.3.3.3. Inspección Judicial

En la práctica de esta diligencia se requiere que el juez tenga contacto directo con los documentos objeto de la prueba. En definitiva se exige que acceda a la materialización del documento electrónico, es indispensable que para verificar

²⁰⁰ **Art. 149 CPP.**- Los fiscales, jueces y tribunales pueden requerir informes sobre datos que consten en registros, archivos, incluyendo los informáticos.

El incumplimiento de estos requerimientos, la falsedad del informe o el ocultamiento de datos, serán sancionados con una multa equivalente al cincuenta por ciento de un salario mínimo vital general, sin perjuicio de la responsabilidad penal, si el hecho constituye un delito.

Los informes se solicitarán por escrito, indicando el proceso en el cual se requieren, el nombre del imputado, el lugar donde debe ser entregado el informe, el plazo para su presentación y la prevención de las sanciones previstas en el inciso anterior.

²⁰¹ Vid. Artículo 827 CPC.

²⁰² Vid. Artículo 48 C. de Co.

²⁰³ Vid. Art. 56 Ley de Propiedad Intelectual.

su autenticidad se cuente con un perito durante el desarrollo de la diligencia, asimismo las partes pudieran presentar testigos propios. En todo caso, la verificación de la información por este medio no siempre es el método más idóneo ya que el juez debería realizar un proceso mental de representación y actualización de la información, es decir un proceso intelectual, muy alejado del objetivo de activar su percepción sensorial²⁰⁴. Es necesaria si la prueba recae sobre contenidos propios de Internet o si, por ejemplo una persona jurídica mantiene sus libros contables o su sistema de facturación en soporte informático.

La inspección de este tipo de instrumentos es un caso muy especial, en vista de la falta de reglamentación específica, se obedece las normas procesales civiles según las cuales se puede dar como acto preparatorio²⁰⁵, dentro del proceso, pudiendo ser ordenada de oficio por el juez²⁰⁶, o fuera de término probatorio y antes de dictar sentencia, en todo caso se señala día y hora para llevarse a cabo²⁰⁷; el procedimiento se expresó anteriormente²⁰⁸. La inspección

²⁰⁴ SANCHIS CRESPO, C. La prueba por soportes informáticos. Tirant lo blanch, Valencia-España, 1999, Pág. 104 Citado por Viloria, Ob. Cit.

²⁰⁵ Artículo 64 núm. 5 CPC. (Loc. Cit.)

²⁰⁶ Artículo 118 CPC (Loc. Cit.)

²⁰⁷ Vid. Artículo 243 CPC

²⁰⁸ Vid. ANEXO 3.

Art. 244 CPC.- En el día y hora señalados concurrirá el juez al lugar de la inspección; oír la exposición verbal de los interesados, y reconocerá con el perito o peritos la cosa que deba examinarse. Inmediatamente extenderá acta en que se exprese el lugar, día y hora de la diligencia; las personas que concurrieron a ella; las observaciones y alegatos de las partes, y la descripción de lo que hubiese examinado el juez. Los concurrentes deberán firmar el acta; y si las partes no quisieren o no pudieren hacerlo, se expresará esta circunstancia.

En el acta se hará mención de los testigos que presentaron las partes y de los documentos que se leyeron; pero las declaraciones de los testigos que se hayan pedido y dispuesto dentro del término de prueba, con la debida notificación a la parte contraria, se redactarán separadamente, en la forma legal. Tanto éstas como los documentos, se agregarán a los autos; y si hubieren sido presentados dentro del término correspondiente, surtirán los respectivos efectos probatorios. Los jueces que no hicieren constar la descripción a que se refiere el inciso anterior serán sancionados por el superior con multa de veinticinco dólares a cincuenta dólares de los Estados Unidos de América. Esta descripción, dado su carácter objetivo, no constituye anticipación de criterio.

del contenido de una página electrónica se debería hacer en las mismas oficinas del juzgado, es inútil el traslado a un tercer ordenador ya que el contenido del Internet es el mismo en todo el mundo²⁰⁹.

2.2.3.3.4. Casos que requieren examen pericial

La legislación ha establecido parámetros rígidos para la práctica de este tipo de prueba; las partes y el juez oficiosamente pueden solicitar examen pericial para admitir la prueba electrónica practicada en juicio. El autor Juan Carlos Riofrío²¹⁰ sostiene que esa diligencia es necesaria si el juzgador lo estimare así, exceptuando los siguientes casos:

a) Cuando el juez considere que la prueba aportada es impertinente, ineficaz o inadmisibile, por razones de economía procesal o por evitar una colisión de derechos; b) Cuando se considerare que la fiabilidad del documento no está cuestionada- si la contraparte ha reconocido la autoría de un correo electrónico-. En tal caso la pericia sería inadmitida por superficial; y, c) Cuando el documento electrónico aportado contenga una firma digital autorizada, por cuanto se presume su validez según lo dispuesto en los artículos 10 y 53 de la LCE. No obstante, si alguien quisiera desvirtuar esa presunción, entonces se deberán nombrar los peritos que comprueben su validez.

²⁰⁹ Riofrío, Ob. Cit., Pág. 143.

²¹⁰ RIOFRÍO, Ob. Cit., Pág. 14

La prueba de peritos se regula por el CPC²¹¹.

La evidencia electrónica suele ser mejor que la tradicional, por ejemplo, los documentos de ordenadores dejan algunas pistas en cuando han sido borrados, la prueba pericial sobre estos suele recaer sobre objetos muy complicados que sólo expertos pueden solucionar. Empero apareció software que permite monitorear los datos²¹², sin ser una solución definitiva, esta herramienta le permite a los peritos descubrir la naturaleza de los archivos y dar un dictamen. El informe pericial pudiera tener problemas en algunos casos como²¹³:

- a) Escasez de medios técnicos dedicados a investigación;
- b) ventaja tecnológica de delincuentes;
- c) exceso de tiempo transcurrido entre la solicitud de un mandamiento de intervención electrónica, su concesión y trámite;
- d) uso de contramedidas;
- y; e) problemas de jurisdicción.

Para solventar estos problemas es necesario escoger muy bien al perito, quien debe reunir conocimiento, criterio y tino²¹⁴. Se considera los grados académicos expuestos por la Ley de Educación Superior²¹⁵.

La metodología de la peritación propuesta por Gómez obedece la siguiente estructura²¹⁶:

²¹¹ Vid. Art. 250 a 263 CPC.

²¹² ComputerCOP es una empresa que desarrolló un conjunto de herramientas de monitoreo informático y forense de uso casero, corporativo y estatal. <http://www.computercop.com/> visitada el 17 de noviembre de 2008.

²¹³ Rivas Alejandro, Javier, Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet, Navarra, Aranzadi, 200, Pág. 145 y 146, Cita de Riofrío, Ob. Cit. Pág. 145.

²¹⁴ Ib. Pág. 145.

²¹⁵ Tecnólogo, ingeniero en sistemas, especialización de posgrado. Vid. Art. 44 Ley de Educación Superior.

- a) *Identificar los elementos que han de someterse a peritación.*- Esta identificación se encuentra en ANEXO 5.
- b) *Preservar los datos.*- Se requiere preservar información, por lo que conviene retener el disco duro y dejar una copia a los usuarios. En la actualidad existen sistemas muy poderosos para clonar sistemas de memoria²¹⁷.
- c) *Analizar los datos.*- Implica la consideración de características de archivos e información contenida en los sistemas.
- d) *Emitir un dictamen.*- El perito deberá acercar al juez a la prueba mediante un criterio técnico inteligible, claro y preciso.

Después de emitido el dictamen o informe pericial, podrá la contraparte impugnarlo. Para esto es necesario que se entreguen tantas copias de los discos duros respaldados como los interesados las soliciten, queda resguardado el derecho a la defensa.

2.2.3.3.5. Contradicción e impugnación de pruebas electrónicas

La promoción de una prueba en juicio se considera un acto procesal a cargo de una de las partes, recíprocamente; la letra b del artículo 54 LCE determina la

²¹⁶ Gómez, Leopoldo Sebastián, Marco normativo para el desarrollo de pericias informáticas, en revista REDI, núm. 42, enero 2002.

²¹⁷ Vid. Riofrío, Ob. Cit. (notas 56, 57 y 58 del capítulo VII).

The FBI uses three different methods to duplicate or image a hard drive: GNU/Linux routine dd command via Red Hat Linux 7.1 (actualmente Red Hat Enterprise Linux 5); SafeBack version 2.18 (actualmente 3.0) imaging software by New Technologies; Solitaire Forensics Kit, SFK-000A hand-held disk duplicator by Logicube, Inc. Esta empresa actualmente comercializa diez programas distintos para clonar sistemas. http://www.logicube.com/logicube/articles/fbi_uses_logicube_evidence.asp. visitada el 17 de noviembre de 2008 a las 18h14

SafeBack 3.0 is used to create mirror-image (bit-stream) backup files of hard disks or to make a mirror-image copy of an entire hard disk drive or partition. <http://www.forensics-intl.com/safeback.html> visitada el 17 de noviembre de 2008 las 18h19.

Art. 9 último inciso Reg. LCE.- (...) Por orden de autoridad competente, podrá ordenarse a los proveedores de servicios de Registro Electrónico de Datos mantener en sus sistemas respaldos de los mensajes de datos que tramite por el tiempo que se considere necesario.

posibilidad de la contraparte de oponerse. Para esto determina dos caminos. El primero de ellos denominado contradicción, implica una especie de control de los medios probatorios. Por otro lado, la impugnación es la oposición al contenido o a la forma en que se pretende incorporar la prueba.

La contradicción comprende un análisis de pertinencia de la prueba, verifica su congruencia con los hechos que se requieren demostrar, alegados o controvertidos; adicionalmente examina la legalidad del medio de prueba, su obtención y la forma en que se presenta en el proceso. Corresponde al juez determinar la impertinencia de una prueba, sin embargo, la doctrina manifiesta que a pesar de ésta los medios probatorios se podrán considerar como elemento indiciario de una situación fáctica. Corresponde a la parte que solicita la práctica manifestar, en su pedido, los hechos que pretende probar; medida que evitaría la pérdida de valor probatorio del medio. Por otro lado la ilegalidad depende de factores como requisitos de existencia y admisibilidad. Las normas específicas para la práctica de un determinado medio, así como los mandatos para pruebas análogas –prueba documental es análoga a la de documentos electrónicos-. Por otro lado la oposición no sólo se da debido a la ilegalidad, existe además el requerimiento constitucional, el mismo que ordena obtener fuentes de prueba conforme a normas de debido proceso y otras garantías expresadas en los artículos 75 y 76 números 4 y 7 de la Constitución de la República del Ecuador. La oposición por contradicción debe ser resuelta al momento de solicitar la prueba y antes de admitirla, excepcionalmente se podrá decretar la improcedencia por esta causa al momento de evacuar el medio.

En cuanto al segundo caso de oposición “*La impugnación del medio, que no es más que un ataque dirigido a enervar la veracidad de un medio de prueba*”²¹⁸.

Esta forma de ataque se manifiesta de dos formas, la primera de ellas impugnación activa, de documentos y de testigos, se alegan hechos e implica carga de prueba en contra del impugnante; por otro lado está el desconocimiento, donde la carga de la prueba se mantiene en contra de la parte que la presentó. Este último no servirá en contra de documentos auténticos cuya autoría está plenamente establecida. Si se duda de ésta, el juez deberá solicitar la certificación mencionada en líneas anteriores y por último recurso la práctica de un examen pericial.

2.2.3.4. Relevantes casos de prueba electrónica

La distinción que hace la LCE al referirse a mensajes de datos y su definición, permite entender muchos conceptos. Los casos más comunes son los siguientes²¹⁹:

A. Prueba con páginas electrónicas.- Las publicaciones en línea están sujetas a responsabilidad, en el caso ecuatoriano la responsabilidad recae en el autor y en su ausencia sobre los responsables²²⁰ en caso de medios de

²¹⁸ VILORIA, Mónica, Ob. Cit.

²¹⁹ Cfr. Riofrío, Ob. Cit., (cap. VIII) Analiza cada caso en particular.

²²⁰ **Art. 384 CPP.-** El director, editor, dueño o responsable de un medio de comunicación responderá por la infracción que se juzga y contra él se seguirá la causa, si no manifestare, cuando el Fiscal lo requiera, el nombre del autor, reproductor o responsable de la publicación. Igualmente serán responsables cuando el autor de la publicación resultare o fuere persona supuesta o desconocida, menor de dieciocho años o personas con manifiesta y conocida alteración de sus facultades mentales.

Los directores, administradores o propietarios de las estaciones de radio y televisión están obligados a remitir, cuando el Fiscal lo requiera, los filmes, las videocintas o las grabaciones de sonidos. De no hacerlo, el proceso se seguirá contra ellos.

Art. 386.- Antes del ejercicio de la acción penal, el Fiscal de oficio o a petición de la persona que se considere afectada requerirá al director, editor o responsable del medio de comunicación enviándole una copia del escrito considerado punible para que informe el nombre del autor o responsable del escrito. En los demás casos pedirá, además del nombre, la remisión de los filmes, videocintas y grabaciones mencionadas en el artículo 384.

comunicación, en vista de la protección en casos de anonimato. Además se discute sobre la responsabilidad de los proveedores del servicio²²¹.

La prueba de la propiedad de un sitio electrónico se debe realizar a través de ICANN²²².

La autoría no siempre corresponde a los dueños del sitio, Internet está llena de opiniones en muchos casos anónimas, cuya autoría es difícil de probar²²³. En Ecuador la incorporación por remisión permite sancionar a los responsables de los sitios²²⁴.

Se puede también preconstituir prueba sobre la autoría, registrando los sitios en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, además se podría celebrar un contrato de depósito o “scrow” de código fuente²²⁵.

Del contenido de la página web pueden surgir controversias. Para verificarlo se debería realizar una inspección judicial o notarial y el levantamiento del

²²¹ Una corriente asimila a los ISP con los editores, en el sentido que ambos proporcionan el soporte material, que permitan a los autores la divulgación de los contenidos generales. Vid. Torres Chaves, Efraín, Ob. Cit. Pág. 43-44.

²²² **Internet Corporation for Assigned Names and Numbers** o Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números. (...) es una organización que opera a nivel internacional, es la responsable de asignar las direcciones del protocolo IP, de los identificadores de protocolo, de las funciones de gestión del sistema de dominio y de la administración del sistema de servidores raíz. <http://es.wikipedia.org/wiki/ICANN> visitada el 18 de noviembre de 2008 a las 10h40.

Al respecto el sitio electrónico de ICANN determina criterios para la resolución de problemas y conflictos respecto a dominios. Vid. <http://www.icann.org/en/udrp/> visitada el 18 de noviembre de 2008 a las 10h42.

Existe otras entidades de este tipo. En el Ecuador la encargada es NIC Ecuador. <http://www.nic.ec/home.htm> visitada el 18 de noviembre de 2008 a las 10h48.

²²³ Cfr. Riofrío, Ob. Cit, Pág. 159. Menciona el fallo de la Comisión Canadiense de Derechos Humanos, por el proceso que se le siguió a Ernst Zündel por publicación de documentos ofensivos a la nación judía. El reo negó la autoría, la valoración final lo castigó con multa y cierre del sitio. Actualmente se encuentra preso en Alemania por delito de Negación del Holocausto y se ha creado un nuevo sitio web.

²²⁴ Art. 3 LCE (Loc. Cit.)

²²⁵ Emilio Del Peso Navarro ha definido al scrow como aquel contrato “que tiene por objeto garantizar al usuario el acceso a un programa fuente en el caso de que desaparezca la empresa titular de los derechos de propiedad intelectual”. Cita de Mónica Susana Martínez Barbieri, Contrato de Scrow de Código Fuente, publicado en revista informática Alfa-redi, No. 80 de marzo de 2005.

acta respectiva y además una verificación periódica²²⁶. En este sentido las disposiciones de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública sobre la obligación de publicarla²²⁷, el procedimiento del Recurso de Acceso a la Información²²⁸ y las sanciones por el incumplimiento²²⁹.

²²⁶ Riofrío, Ob. Cit. Pág. 162. Cfr. Menciona un caso en que la CAE Incumplió con su obligación de publicar las bases de un concurso por medio de su sitio electrónico.

²²⁷ **Art. 7 LOTAIP.- Difusión de la Información Pública.-** Por la transparencia en la gestión administrativa que están obligadas a observar todas las instituciones del Estado que conforman el sector público en los términos del artículo 225 (anteriormente el 118 se refirió a lo mismo) de la Constitución Política de la República y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, difundirán a través de un portal de información o página web, así como de los medios necesarios a disposición del público, implementados en la misma institución, la siguiente información mínima actualizada, que para efectos de esta Ley, se la considera de naturaleza obligatoria: a) Estructura orgánica funcional, base legal que la rige, regulaciones y procedimientos internos aplicables a la entidad; las metas y objetivos de las unidades administrativas de conformidad con sus programas operativos; b) El directorio completo de la institución, así como su distributivo de personal; c) La remuneración mensual por puesto y todo ingreso adicional, incluso el sistema de compensación, según lo establezcan las disposiciones correspondientes; d) Los servicios que ofrece y las formas de acceder a ellos, horarios de atención y demás indicaciones necesarias, para que la ciudadanía pueda ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones; e) Texto íntegro de todos los contratos colectivos vigentes en la institución, así como sus anexos y reformas; f) Se publicarán los formularios o formatos de solicitudes que se requieran para los trámites inherentes a su campo de acción; g) Información total sobre el presupuesto anual que administra la institución, especificando ingresos, gastos, financiamiento y resultados operativos de conformidad con los clasificadores presupuestales, así como liquidación del presupuesto, especificando destinatarios de la entrega de recursos públicos; h) Los resultados de las auditorías internas y gubernamentales al ejercicio presupuestal; i) Información completa y detallada sobre los procesos precontractuales, contractuales, de adjudicación y liquidación, de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles, etc., celebrados por la institución con personas naturales o jurídicas, incluidos concesiones, permisos o autorizaciones; j) Un listado de las empresas y personas que han incumplido contratos con dicha institución; k) Planes y programas de la institución en ejecución; l) El detalle de los contratos de crédito externos o internos; se señalará la fuente de los fondos con los que se pagarán esos créditos. Cuando se trate de préstamos o contratos de financiamiento, se hará constar, como lo prevé la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y la Ley Orgánica de Responsabilidad y Transparencia Fiscal, las operaciones y contratos de crédito, los montos, plazo, costos financieros o tipos de interés; m) Mecanismos de rendición de cuentas a la ciudadanía, tales como metas e informes de gestión e indicadores de desempeño; n) Los viáticos, informes de trabajo y justificativos de movilización nacional o internacional de las autoridades, dignatarios y funcionarios públicos; o) El nombre, dirección de la oficina, apartado postal y dirección electrónica del responsable de atender la información pública de que trata esta Ley; p) La Función Judicial y el Tribunal Constitucional, adicionalmente, publicarán el texto íntegro de las sentencias ejecutoriadas, producidas en todas sus jurisdicciones; q) Los organismos de control del Estado, adicionalmente, publicarán el texto íntegro de las resoluciones ejecutoriadas, así como sus informes, producidos en todas sus jurisdicciones; r) El Banco Central, adicionalmente, publicará los indicadores e información relevante de su competencia de modo asequible y de fácil comprensión para la población en general; s) Los organismos seccionales, informarán oportunamente a la ciudadanía de las resoluciones que adoptaren, mediante la publicación de las actas de las respectivas sesiones de estos cuerpos colegiados, así como sus planes de desarrollo local; y, t) El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, adicionalmente, publicará el texto íntegro de sus sentencias ejecutoriadas, producidas en todas sus jurisdicciones. La información deberá ser publicada, organizándola por temas, ítems, orden secuencial o cronológico, etc., sin agrupar o

generalizar, de tal manera que el ciudadano pueda ser informado correctamente y sin confusiones.

²²⁸ **Art. 22 LOTAIP.-** El derecho de acceso a la información, será también garantizado en instancia judicial por el recurso de acceso a la información, estipulado en esta Ley, sin perjuicio de la acción de amparo constitucional: Se encuentra legitimada para interponer el recurso de acceso a la información, toda persona a quien se hubiere denegado en forma tácita o expresa, información de cualquier índole a la que se refiere esta Ley, ya sea por la negativa de la información, ya sea por la información incompleta, alterada y hasta falsa que le hubieren proporcionado, incluso si la denegatoria se sustenta en el carácter reservado o confidencial de la información solicitada. El recurso de acceso a la información se podrá interponer ante cualquier juez de lo civil o tribunal de instancia del domicilio del poseedor de la información requerida. El Recurso de Acceso a la Información, contendrá: a) Identificación del recurrente; b) Fundamentos de hecho y de derecho; c) Señalamiento de la autoridad de la entidad sujeta a esta Ley, que denegó la información; y, d) La pretensión jurídica. Los jueces o el tribunal, avocarán conocimiento en el término de cuarenta y ocho horas, sin que exista causa alguna que justifique su inhibición, salvo la inobservancia de las solemnidades exigidas en esta Ley. El juez o tribunal en el mismo día en que se plantee el Recurso de Acceso a la Información, convocará por una sola vez y mediante comunicación escrita, a las partes para ser oídas en audiencia pública a celebrarse dentro de las veinticuatro horas subsiguientes. La respectiva resolución deberá dictarse en el término máximo de dos días, contado desde la fecha en que tuvo lugar la audiencia, aun si el poseedor de la información no asistiere a ella. Admitido a trámite el recurso, los representantes de las entidades o personas naturales accionadas, entregarán al juez dentro del plazo de ocho días, toda la información requerida. En el caso de información reservada o confidencial, se deberá demostrar documentada y motivadamente, con el listado índice la legal y correcta clasificación en los términos de esta Ley. Si se justifica plenamente la clasificación de reservada o confidencia 1, el juez o tribunal, confirmará la negativa de acceso a la información. En caso de que el juez determine que la información no corresponda a la clasificada como reservada o confidencial, en los términos de la presente Ley, dispondrá la entrega de dicha información al recurrente, en el término de veinticuatro horas. De esta resolución podrá apelar para ante el Tribunal Constitucional la autoridad que alegue que la información es reservada o clasificada. Dentro del recurso de acceso a la información, instaurado por denegación de acceso a la información pública, por denuncia o de oficio, cuando la información se encuentre en riesgo de ocultación, desaparición o destrucción, el juez de oficio o a petición de parte, dictará cualquiera de las siguientes medidas cautelares: a) Colocación de sellos de seguridad en la información; y, b) Aprehensión, verificación o reproducción de la información. Para la aplicación de las medidas cautelares antes señaladas, el juez podrá disponer la intervención de la fuerza pública. De considerarse insuficiente la respuesta, a petición de parte, el juez podrá ordenar la verificación directa de él a los archivos correspondientes, para lo cual, la persona requerida facilitará el acceso del recurrente a las fuentes de información, designándose para dicha diligencia la concurrencia de peritos, si fuere necesario. De la resolución al acceso de información que adopte el juez de lo civil o el tribunal de instancia, se podrá apelar ante el Tribunal Constitucional, para que confirme o revoque la resolución apelada. El recurso de apelación, se interpondrá dentro de los tres días hábiles siguientes, será concedido con efecto devolutivo, salvo en el caso de recursos de apelación deducidos por acceso a la información reservada o confidencial. Negado el recurso por el juez o Tribunal Constitucional, cesarán las medidas cautelares. La Ley de Control Constitucional, será norma supletoria en el trámite de este recurso.

²²⁹ **Art. 23 LOTAIP.- Sanción a funcionarios y/o empleados públicos y privados.-** Los funcionarios de las entidades de la Administración Pública y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, que incurrieren en actos u omisiones de denegación ilegítima de acceso a la información pública, entendiéndose ésta como información que ha sido negada total o parcialmente ya sea por información incompleta, alterada o falsa que proporcionaron o debieron haber proporcionado, serán sancionados, según la gravedad de la falta, y sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar, de la siguiente manera: a) Multa equivalente a la remuneración de un mes de sueldo o salario que se halle percibiendo a la fecha de la sanción; b), Suspensión de sus funciones por el tiempo de treinta días calendario, sin derecho a sueldo o remuneración por ese mismo lapso; y, c) Destitución del cargo en caso de que, a pesar de la multa o suspensión impuesta, se persistiere en la negativa a la entrega de la información. Estas sanciones serán impuestas por las respectivas autoridades o entes

B. Existencia de Documentos Electrónicos.- Si un documento electrónico carece de firma, se deben verificar sus atributos y la comparación con los predeterminados por el ordenador.

Los documentos eliminados dejan un rastro en los sistemas, actualmente la tecnología se usa para hallarlos. Conviene además el rastreo de los correos electrónicos.

C. Prueba de delitos informáticos.- La mayoría de defraudaciones que se comete por Internet puede ser perseguida por sistemas de seguridad.

Han existido muchas acciones dolosas (v. gr., En Alemania se cambió los nombres de titulares y direcciones de algunas cuentas bancarias a nombre de una empresa ficticia, se detectó al programador, pero la sentencia se basó en un análisis grafológico de la apertura de cuentas²³⁰; en Colombia por medio de un fraude de tarjetas de crédito se estafó a un banco por millones de pesos²³¹.), la evidencia electrónica permanece en el tiempo más y se la detecta con mayor facilidad que la tradicional.

D. Documentos codificados criptográficamente.- Esconder los mensajes de acceso de terceros es una necesidad humana. Los sistemas criptográficos

nominadores. En el caso de prefectos, alcaldes, consejeros, concejales y miembros de juntas parroquiales, la sanción será impuesta por la respectiva entidad corporativa. Los representantes legales de las personas jurídicas de derecho privado o las naturales poseedoras de información pública que impidan o se nieguen a cumplir con las resoluciones judiciales a este respecto, serán sancionadas con una multa de cien a quinientos dólares por cada día de incumplimiento a la resolución, que será liquidada por el juez competente y consignada en su despacho por el sancionado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar. Las sanciones se impondrán una vez concluido el respectivo recurso de acceso a la información pública establecido en el artículo 22 de la presente Ley. La remoción de la autoridad, o del funcionario que incumpliere la resolución, no exime a quien lo reemplace del cumplimiento inmediato de tal resolución bajo la prevención determinada en este artículo

²³⁰ Puig, MIR, Delincuencia informática, Barcelona, PPU, 1992, Pág. 94. Cita de Riofrío, Ob. Cit., Pág. 167.

²³¹ Juzgado Duodécimo de lo penal del circuito de Bogotá, sent. De mayo de 1990. Ib. Pág. 168.

son²³²: a) encriptación simétrica, de funciones muy simples, consiste en el reemplazo de caracteres por otros equivalentes, implica la transmisión de una clave pública; y, b) asimétrica, presupone el uso de dos claves, una pública y otra privada en la emisión junto a sus equivalentes en la recepción, tiene mayores garantías de confidencialidad, da buenas pruebas de integridad del documento y garantiza la autenticidad.

E. Firmas digitales y electrónicas.- El estudio de este tema se realizó previamente (Vid. Título 2.2.2.Sobre Firma electrónica).

F. Servicios de Certificación de firmas.- Actualmente se utiliza los servicios de certificación autorizada del Banco Central del Ecuador, el reconocimiento de certificados extranjeros depende de los requerimientos de la legislación local, pudiendo algunos documentos ser válidos en un lugar y no en otro²³³.

2.2.3.5. Anotaciones sobre principios procesales aplicables a la admisibilidad de prueba electrónica

Los sistemas procesales determinan reglas equivalentes a las partes, garantizan el cumplimiento efectivo de la ley, la neutralidad del juzgador, igualdad entre acción y defensa, etc. Estos fines del sistema procesal se expresan en principios²³⁴:

a) Inmediación.- Implica la presencia de la autoridad judicial en toda actuación procesal. Representa autenticidad, seriedad, oportunidad, pertinencia y

²³² Vid. Notas 125, 134 y 270.

²³³ Vid. 2.2.2.5. Certificados de firma electrónica.

²³⁴ JARAMILLO Sarmiento, Diego, La prueba y la valoración de la prueba en materia civil, teniendo en cuenta el derecho al debido proceso previsto en la Constitución Política del Estado, Programa Académico de especialización Superior en Derecho Procesal, UASMBQ, 2005.

validez de la prueba. El juez deberá tener conocimientos de informática promedio para ponerse en contacto con la evidencia digital más compleja, como aquella que desaparece dejando mínimas huellas.

- b) Contradicción.- Supone la citación al demandado o notificación a todos los sujetos procesales de toda providencia que se dicte durante el juicio.
- c) Concentración.- Pretende que todas las pruebas se produzcan en la misma etapa procesal, por excepción se pueden ordenar algunas fuera de este término. Todo tipo de prueba electrónica será admitida conforme las normas análogas pertinentes.
- d) Preclusión.- Requiere que la ejecución de las acciones procesales y presentación de pruebas se realicen en el término dispuesto para ello en la ley, no hacerlo consiste una violación del principio y la imposibilidad de hacerlo en el futuro. Deberán existir las condiciones para obtener pruebas oportunamente y conservarlas a lo largo de los procesos.
- e) Unidad.- El proceso, sus actuaciones y las pruebas son un conjunto principal e indivisible. La preparación de los jueces debe permitir el desarrollo de la sana crítica para que contenga convicciones sobre estos medios y sean capaces de acertar la realidad de la prueba electrónica.
- f) Lealtad.- Demostración de probidad y veracidad, las pruebas de las partes no deben deformar la realidad, se busca esclarecerla. Se deben desarrollar sistemas judiciales de detección de errores y manipulaciones, asimismo orientar el criterio judicial para devaluar el poder probatorio de datos electrónicos forjados, aunque esto pudiera resultar en un aspecto muy técnico. La LCE ordena un examen técnico en estos casos, se deberán contar con las herramientas necesarias para poder acceder a todo el

contenido electrónico sin que pierda su naturaleza, lo que implica espacios de custodia de material informático e instalaciones para la formación de profesionales capaces de utilizar y diseñar códigos de desciframiento de compleja encriptación.

- g) Igualdad.- Ligado al de contradicción, los litigantes son partes iguales sometidas a los mismos derechos y obligaciones. Las dos partes deben estar en la posibilidad de solicitar la presentación y la contradicción de las pruebas, asimismo escoger un perito para la comprobación técnica.

2.2.3.5.1. Admisibilidad de pruebas electrónicas

El anteriormente mencionado principio de igualdad procesal obliga al juez a incorporar toda prueba electrónica que se le presente, y ordenar toda diligencia probatoria que se le solicite. Existen excepciones a este derecho: a) de existir suficientes pruebas o economía procesal; y, b) si su presentación colisiona con el derecho de un tercero²³⁵. La primera categoría se compone de cuestiones específicas: a) superficialidad, si se destina a demostrar un hecho previamente acreditado²³⁶, una prueba resulta superficial en algunos casos, por ejemplo una carta o e-mail simple no serían suficientes ante la ley civil, la justicia penal pudiera encontrar en un documento de ese tipo algún indicio claro de infracciones como los ya mencionados delitos informáticos y otros fenómenos

²³⁵ RIOFRÍO, Juan, Ob. Cit. Pág. 53.

²³⁶ Cfr. RIOFRÍO, Ob. Cit. Pág. 54. El Código Procesal Civil y Comercial argentino ha establecido expresamente sobre esto prohibiendo la presentación de pruebas manifiestamente superfluas o meramente dilatorias; la legislación ecuatoriana contiene la disposición del artículo 220 del código procesal civil, en el que prohíbe la admisión de más de seis testigos para acreditar un hecho en juicio.

que coartan la privacidad de los sujetos; b) impertinencia, conducentes a la verificación de los hechos principales²³⁷, por ejemplo cualquier acto solemne en la ley civil no podrá ser respaldado con un documento electrónico sin firma electrónica de la autoridad competente; y, c) ineficacia, el juez la califica y puede no admitirla; no cumple con los requisitos básicos para determinar un principio de prueba.

La afectación del derecho de un tercero se configura en la ilegalidad de la obtención de pruebas, no se debe afectar bienes jurídicos protegidos por encima de la libertad de información. El testimonio del secreto profesional –de médicos o abogados y análogamente de confesores- que pudiera ser conservado conforme las estipulaciones de la LCE, o la inspección de documentos protegidos por los derechos de privacidad de correspondencia e inclusive la interceptación de redes informáticas; todos son casos de pruebas que no podrían ser admitidas. En estos casos debe calificarse si el derecho a la información es mayor que el vulnerado, pudiendo llegar a ser eficaces²³⁸. La Constitución (artículo 76 número 4, Loc. Cit.) prevé la invalidez y la carencia de eficacia probatoria de las pruebas obtenidas o actuadas con violación de principios normativos. Pueden ser atentatorias de una norma positiva o simplemente mal actuadas. Las primeras adolecen de objeto ilícito, las otras pueden ser legales pero su eficacia se recorta por haber sido incorrectamente actuadas. RIOFRÍO se refiere al Código de Procedimiento colombiano²³⁹. Si

²³⁷ Loc. Cit. Art. 116 CPC.

²³⁸ DEVIS ECHANDÍA Hernando, Las pruebas en el nuevo procedimiento civil colombiano, Bogotá, Instituto de Especialidades Jurídicas, 1972, Pág. 31. Cita de RIOFRÍO, Ob. Cit. Pág. 55.

²³⁹ **Art. 178 C. de P. C. Col.**- Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará *in limine* las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifestaciones superfluas.

bien el Ecuador no ha promulgado disposiciones expresas sobre el principio *in limine*, alguna parte de la legislación lo permite tácitamente²⁴⁰, aplicar esta norma da la potestad al juez de precalificar la procedencia y legalidad de un medio. La preparación de los profesionales debe permitir un conocimiento amplio sobre estos temas de manera que no exista la necesidad de una comprobación técnica, al menos en casos que la ley no lo exige.

2.2.3.6. Valoración judicial de la prueba electrónica

Esta actividad es privativa de los órganos del poder judicial, implica el ejercicio racional de sus titulares. El juez analiza el alcance de la prueba y atiende a su eficacia natural y legal, según su prudente apreciación, con el uso de la razón, la experiencia y de un proceso lógico seguido de los resultados de tal valoración, debe dar cuenta, sucinta o exhaustivamente, en la motivación de la sentencia²⁴¹.

Se considera a estos instrumentos como parte de un medio de comunicación, que como tantos otros han sido creados por la tecnología en un período de tiempo muy corto. Los medios de comunicación poseen dos tipos de elementos: subjetivos –emisor y receptor - y objetivos –mensaje, medio y canal-²⁴². Están dotados de ciertas garantías –autenticidad, integridad,

²⁴⁰ **Art. 68 CPC.-** A la demanda se debe acompañar: (...) 4. Los documentos y las pruebas de carácter preparatorio que se pretendiere hacer valer en el juicio y que se encontraren en poder del actor (...).

²⁴¹ LIEBMAN, Enrico, Manual de derecho procesal civil, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1980 (nota 11 Cap. III). Cita de Riofrío, Ob. Cit.

²⁴² Ib. Pág. 92.

originalidad, no repudio y confidencialidad-; los jueces deben valorar el fondo y conducencia conforme estas garantías. Cada medio de comunicación ha de poseer en algún grado, todas ellas.

2.2.3.6.1. Autenticidad

Lo auténtico²⁴³ es un concepto muy conocido por la sociedad, supone una identidad real. Un documento de esta calidad es aquel que se muestra elaborado por alguien y efectivamente lo es. Se distingue la autenticidad documental:

- a) *Instrumentos públicos.*- Se presumen auténticos o indubitados, salvo prueba en contrario. La tendencia actual es emitir documentos públicos electrónicos en actividades notariales, administrativas e incluso judiciales; para esto deberán ser siempre firmadas electrónicamente y contar con un certificado válido.
- b) *Documentos privados.*- Según la legislación procesal ecuatoriana los documentos privados no se presumen auténticos, excepto en algunas ocasiones²⁴⁴. Empero la LPI contiene una norma que se aplica a todos los instrumentos privados y que se podría entender como una concesión de

²⁴³ **Auténtico, ca.** (Del Lat. *authentícus*, y este del gr. *αὐθεντικός*). **1.** Acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren. **2.** honrado, fiel a sus orígenes y convicciones. Es un tío muy auténtico (...). Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

²⁴⁴ **Art. 194 CPC.-** El instrumento privado en que una persona se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o en que confiesa haberla recibido o estar satisfecha de alguna obligación, hace tanta fe como un instrumento público en los casos siguientes, siempre que la ley no prevenga la solemnidad del instrumento público: 1. Si el que lo hizo o mandó hacer lo reconoce como suyo ante cualquier juez civil, notario público o en escritura pública; 2. Si el autor del documento se niega a reconocerlo, sin embargo de orden judicial; 3. Si habiendo muerto el autor, o negado ser suyo, o estando ausente de la República, dos testigos conformes y sin tacha declaran en el juicio haber visto otorgar el documento a su autor, o a otra persona por orden de éste; a no ser que el asunto sobre que verse el instrumento exija para su prueba mayor número de testigos; y, 4. Si la parte contra quien se presenta el documento no lo redarguye de falso ni objeta su legitimidad, dentro de tres días contados desde que se le citó y notificó la presentación aunque no lo reconozca expresamente ni se pruebe por testigos.

legitimidad²⁴⁵, este precepto se debería aplicar en casos de esa materia, aunque recaiga sobre el mismo asunto que la ley procesal, a pesar de esto el artículo de una revista, periódico o publicación, una carta, correo electrónico, boletín, etc. se entenderán elaborados por quien aparece como autor, aunque no aparezca su firma autógrafa²⁴⁶. La ley procesal penal determina un mayor grado probatorio de los documentos que no han sido suscritos²⁴⁷, esto se debe a que en derecho civil se pretende conocer la verdad dogmática jurídica –comprobar la existencia del derecho–, mientras que la justicia penal busca esclarecer la verdad histórica, así como las normas tributarias²⁴⁸. Lo anterior lleva a concluir que la validez probatoria de los instrumentos privados según su autenticidad y reconocimiento, dependerá de la materia en la que se encasillen los hechos.

c) *Instrumentos privados que se presumen auténticos.* - Existen algunos casos en los que se presume la autenticidad del instrumento privado²⁴⁹. Nuestra LCE otorga esta presunción a favor de los mensajes de datos firmados electrónicamente, si no se cumple este requisito debería ordenarse una peritación que determine su origen, como resultado está una presunción judicial.

²⁴⁵ **Art. 12 CPP.-** Se presume autor o titular de una obra, salvo prueba en contrario, a la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales, sigla o cualquier otro signo que lo identifique aparezca indicado en la obra.

²⁴⁶ Dependerá del contenido del documento, si en él se reconoce una obligación la firma será un requisito sustancial. RIOSECO, Emilio, La prueba ante la jurisprudencia, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1986, Pág. 173. Cita de Riofrío, Ob. Cit., Pág. 100.

²⁴⁷ Cfr. Art. 146 a 156 CPP.

²⁴⁸ Guerrero Vivanco, Walter, La prueba en material penal, Quito, Ed. Universitaria, 1982, Pág. 253. Cita de Riofrío, Ob. Cit., Pág. 101.

Los ejemplos del autor brasileño Gico Jr.: referidos al uso de sistemas de computación en la producción y comercialización de pornografía infantil; y, a la defraudación tributaria por medio de sistemas automáticos de contabilidad. GICO JR., Ivo Teixeira, O documento eletrônico como meio de prova no Brasil, en revista electrónica REDI, núm. 50 de septiembre de 2002.

²⁴⁹ Cfr. Art. 413, 200 CPC, 1074 CC, 47 C. de Co.

2.2.3.6.2. Integridad

Se entiende como íntegro²⁵⁰ al mensaje que contiene toda la información que constaba en su momento de emisión. La LCE se considera la integridad de los mensajes de datos²⁵¹. El principio recae sobre el contenido de los mensajes de datos, no importa las pequeñas modificaciones que los ordenadores hacen en el momento de comunicación, archivo o presentación. Algunas legislaciones como la argentina²⁵² y la ecuatoriana²⁵³, la han sujetado al uso de firma electrónica.

Integridad es la garantía de no alteración de la información de los mensajes de datos enviados, recibidos o archivados. El sistema ecuatoriano ha determinado la indivisibilidad probatoria de los documentos²⁵⁴. Se agrega a esto el común uso de copias certificadas y compulsas por notarios que, no aplica fielmente el principio de integridad, sino que fijan su poder en la originalidad del medio²⁵⁵. Si existe alguna objeción o duda sobre el cumplimiento de este requisito, el juez debería ordenar la posesión de un perito²⁵⁶.

²⁵⁰ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define íntegro como: Adj. Que no carece de ninguna de sus partes.

²⁵¹ Art. 7 inciso 2 LCE Loc. Cit.

Art. 6 Reg. LCE.- La consideración de integridad de un mensaje de datos, establecida en el inciso segundo del artículo 7º de la Ley 67, se cumple si dicho mensaje de datos está firmado electrónicamente. El encabezado o la información adicional en un mensaje de datos que contenga exclusivamente información técnica relativa al envío o recepción del mensaje de datos, y que no altere en forma alguna su contenido, no constituye parte sustancial de la información.

Para efectos del presente artículo, se considerará que la información consignada en un mensaje de datos es íntegra, si ésta ha permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación.

²⁵² **Art. 8 Ley de Firma Digital argentina.-** Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma.

²⁵³ Vid. Art. 7 LCE y 6 Reg. LCE.

²⁵⁴ **Art. 176 CPC.-** Es indivisible la fuerza probatoria de un instrumento, y no se puede aceptarlo en una parte y rechazarlo en otra.

²⁵⁵ Riofrío, Ob. Cit. Pág. 106.

²⁵⁶ Art. 7 LCE y Art. 6 RLCE (Loc. Cit.).

2.2.3.6.3. Originalidad.

Un documento es original si ha recibido por primera vez su contenido²⁵⁷. Los instrumentos electrónicos sirven como originales; sus reproducciones resultan en una transformación del soporte y es que, para presentar como prueba su original, se debería incorporar parte física del ordenador que sirvió para digitalarlo²⁵⁸. La legislación procesal le garantiza el valor probatorio a las copias y compulsas por su identidad con el original²⁵⁹; dejando de lado la calificación de integridad. La LCE (Art. 7 Loc. Cit.) soluciona especialmente este problema exigiendo que los mensajes de datos considerados originales deban ser sometidos a una prueba sobre su integridad, sin embargo esta solución no hace sino equiparar los dos conceptos. Existen también casos en los que la ley

²⁵⁷ **Original.** (Del lat. originālis). 1. Adj. Perteneciente o relativo al origen. 2. Adj. Dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: Que resulta de la inventiva de su autor. (...) 3. Adj. Dicho de cualquier objeto: Que ha servido como modelo para hacer otro u otros iguales a él. (...) 8. m. Escrito que sirve de modelo para sacar de él una copia. (...). (Diccionario de la Real Academia de la Lengua).

²⁵⁸ Riofrío, Ob. Cit., Pág. 109.

²⁵⁹ **Art. 121 CPC.-** (...) Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema.

Art. 165 CPC.- Hacen fe y constituyen prueba todos los instrumentos públicos, (...) las certificaciones, copias o testimonios de una actuación o procedimiento gubernativo o judicial, dados por el secretario respectivo, con decreto superior (...).

Art. 167 CPC.- Para que los documentos auténticos judiciales y sus copias y compulsas prueben, es necesario: Que no estén diminutos; 2. Que no esté alterada alguna parte esencial, de modo que arguya falsedad; y, 3. Que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que con tales documentos se intente probar.

Art. 173 CPC.- Cada interesado puede pedir copia de los documentos originales, o compulsas en el caso y en los términos del artículo anterior, observando, además, lo dispuesto en los Arts. 174 y 175 inciso primero.

Art. 174 CPC.- En las copias y compulsas mandadas dar judicialmente, se insertarán las actuaciones que el juez, a solicitud de parte señalare.

Art. 175 CPC.- Las compulsas de las copias de una actuación judicial o administrativa y en general toda copia con valor de instrumento público, no harán fe si no se dan por orden judicial y con citación o notificación en persona o por una boleta a la parte contraria, o sea a aquella contra quien se quiere hacer valer la compulsas.

Los poderes no están sujetos a esta disposición.

Tampoco hará fe la escritura referente sin la referida, ni la accesoria sin la principal; pero si ésta o la referida se hubiere perdido en un incendio, terremoto, robo, etc., la referente o la accesoria hará fe en los capítulos independientes de aquella; y en los demás, sólo se considerará como un principio de prueba por escrito.

Art. 176 CPC.- Es indivisible la fuerza probatoria de un instrumento, y no se puede aceptarlo en una parte y rechazarlo en otra.

Art. 177 CPC.- Si hubiere alguna variación entre la copia y la escritura matriz, se estará a lo que ésta contenga.

ha establecido la prueba excluyente de instrumento original²⁶⁰. Cabe mencionar la disposición del artículo 12 LCE según el cual cada mensaje de datos se considera diferente, de existir duda corresponde a las partes la obligación de la verificación técnica.

2.2.3.6.4. No repudio

Non repudiation es una garantía desarrollada por el derecho norteamericano. Se puede definir como “*la capacidad de probar a una tercera parte que una determinada comunicación ha sido originada, admitida y enviada a una determinada persona*”²⁶¹. Como complemento de autenticidad, permite identificar al remitente y al destinatario de una comunicación. Esta garantía debe asegurarse en el envío y en la recepción, actualmente existe software de correo electrónico que permite saber cuando el destinatario ha recibido y leído un mensaje, manifestación documental de este *no repudio*. Sin embargo, la herramienta más adecuada para formalizar esta garantía es la firma electrónica.

La legislación procesal no manda nada con respecto a este principio, sin embargo, la LCE ha establecido ciertas reglas, aunque éstas no se refieran a las presunciones de envío y recepción²⁶², existe además la disposición del Art. 17 LCE según el cual el titular de la firma electrónica debe responder por su uso y no puede repudiar mensajes que contengan este elemento, el Reglamento a la ley es más claro sobre estos aspectos, establece un servicio

²⁶⁰ Vid. Art. 419 CPC Sobre obligatoriedad de acompañar el título ejecutivo a la demanda.

²⁶¹ Ramos Suárez, Fernando, Eficacia jurídica de una transacción electrónica. La figura del no repudio, en Revista electrónica Redi, núm. 12 de julio de 1999. Cita de Riofrío, Ob. Cit., Pág. 113.

²⁶² Art. 11 LCE. (Loc. Cit.).

especial de sellado de tiempo²⁶³. La solución más práctica para efectivizar esta garantía es activar la opción de acuso de recibo de correo electrónico conjuntamente con la firma electrónica y el correspondiente certificado.

2.2.3.6.5. Confidencialidad

Consiste en que un mensaje solamente puede ser leído por el destinatario, sin ninguna otra intervención o acceso ajeno a la información sin autorización²⁶⁴. Se entiende como un derecho natural del ser humano y como garantía de las comunicaciones.

La confidencialidad ha sido prevista por los regímenes constitucionales como derecho subjetivo de las personas. Asimismo nuestra legislación delimita este derecho y le dota de ciertas garantías²⁶⁵. Se entiende que las comunicaciones

²⁶³ **Artículo 23 Reg. LCE.-** Para la prestación de los servicios de sellado de tiempo, el mensaje de datos debe ser enviado a través de la entidad certificadora o un tercero debidamente registrado en el CONATEL para prestar este servicio. El sellado de tiempo únicamente establecerá para los fines legales pertinentes, la hora y fecha exacta en que el mensaje de datos fue recibido por la entidad certificadora o el tercero registrado por el CONATEL; y la fecha y hora exacta en dicho mensaje de datos fue entregado al destinatario.

Para efectos legales el servicio de sellado de tiempo se prestará tomando como referencia el huso horario del territorio continental ecuatoriano.

La prestación de servicios de sellado de tiempo se realizará en régimen de libre competencia y contratación. Las partes que intervengan en la contratación de este tipo de servicios podrán determinar las condiciones que regulan su relación.

²⁶⁴ Confidencial. (De confidencia). 1. Adj. Que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua).

²⁶⁵ **Art. 14 LET.-** El Estado garantiza el derecho al secreto y a la privacidad de las telecomunicaciones. Es prohibido a terceras personas interceptar, interferir, publicar o divulgar sin consentimiento de las partes la información cursada mediante los servicios de telecomunicaciones.

Art. 39 LET.- (...) El Estado garantiza el derecho al secreto y a la privacidad del contenido de las telecomunicaciones. Queda prohibido interceptar, interferir, publicar o divulgar sin consentimiento previo de las partes la información cursada mediante los servicios de telecomunicaciones, bajo las sanciones previstas en la ley para la violación de correspondencia. Los operadores de redes y proveedores de servicios deberán adoptar las medidas necesarias, técnica y económicamente aceptables, para garantizar la inviolabilidad de las telecomunicaciones (...).

Art. 91 LIPFD.- Las Oficinas de Paquetes Postales y Correos de la República procederán a la inmediata entrega de sobres y paquetes de correspondencia lacrada y sellada que constituyan valija diplomática, que lleven el sello del correspondiente Ministerio de Relaciones Exteriores de la misión de que se trate y que hayan sido despachados con tal calidad. Las piezas de

privadas serán respetadas conforme lo expresado, los medios masivos como radio, televisión y la mayor parte de Internet constan de información de acceso general y disponible a todos los usuarios. Le corresponderá al autor de un correo electrónico especificar en éste, si se quiere mantener en reserva su contenido.

La confidencialidad como derecho se encuentra justificado, en el mundo actual, donde la información está dotada de gran valor, su mal uso pudiera ocasionar mucho daño. En su contenido se requiere respetar otros derechos: identidad, imagen, reputación, etc. cuyo irrespeto se expresa en acciones dolosas delictivas²⁶⁶. Las pruebas obtenidas en oposición a esta prerrogativa carecen de validez.

La confidencialidad caduca si los individuos llegaren a rebasar los límites de su derecho y atacar el de otras personas naturales o jurídicas, haciendo uso de algún tipo de correspondencia para amenazar la paz interior de un Estado o violar el derecho de honor de las personas, en estos casos desaparece el derecho de inviolabilidad y se permite su ocupación, apertura y examen²⁶⁷. Asimismo esta facultad cesa en los casos de declaratoria de Estado de emergencia²⁶⁸. Además se limita el derecho si existen suficientes indicios de una conducta punible²⁶⁹.

correspondencia común dirigidas a las misiones gozarán de la inviolabilidad reconocida por la Constitución y Leyes de la República.

²⁶⁶ Vid. Código Penal Ecuatoriano, Delitos contra la inviolabilidad del secreto.

²⁶⁷ Guerrero Vivanco, Walter, La prueba en material penal, Quito, Ed. Universitaria, 1982, Pág. 257. Cita de Riofrío, Ob. Cit., Pág. 121.

²⁶⁸ **Art. 164 CRE.-** La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La

La confidencialidad se manifiesta además en el canal de comunicación. La firma electrónica, por usar una clave pública y otra privada, ofrece gran nivel de confidencialidad; está también la encriptación, simétrica²⁷⁰ y asimétrica²⁷¹. Las transacciones de comercio electrónico llevadas a cabo en Internet pueden estar protegidas por los sistemas SSL²⁷², SET²⁷³ y los protocolos que los reemplacen.

declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado.

El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, el ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales.

Art. 165 CRE.- Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución.

Declarado el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República podrá: (...) 4. Disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de excepción y a la seguridad del Estado. (...)

²⁶⁹ **Art. 150 CPP.-** La correspondencia epistolar, telegráfica, telefónica, cablegráfica, por télex o por cualquier otro medio de comunicación, es inviolable. Sin embargo el juez podrá autorizar al Fiscal, a pedido de este, para que por sí mismo o por medio de la Policía Judicial la pueda retener, abrir, interceptar y examinar, cuando haya suficiente evidencia para presumir que tal correspondencia tiene alguna relación con el delito que se investiga o con la participación del sospechoso o del imputado.

²⁷⁰ La encriptación simétrica tiene varios tipos que son: sustitución -sistema básico de equivalencias de caracteres-, permutación -consiste en escribir el mensaje en una tabla de tamaño predeterminado, respetando los espacios, la encriptación consiste en sustituir las filas por las columnas con lo que el mensaje no se podrá leer horizontalmente-, esteganografía -esconder un texto dentro de otro que ya está escrito, para decodificarlo se requiere que se superponga una lámina perforada o la escritura en código binario y que dejará al descubierto el texto del mensaje- y mixto. <http://www.eumed.net/cursecon/ecoinet/seguridad/sustitucion.htm> visitada el 15 de noviembre de 2008 a las 15h55.

²⁷¹ Vid. Notas 125, 134 y 270 sobre criptografía.

²⁷² **Secure Sockets Layer** -Protocolo de Capa de Conexión Segura- (**SSL**) y **Transport Layer Security** -Seguridad de la Capa de Transporte- (**TLS**), su sucesor, son protocolos criptográficos que proporcionan comunicaciones seguras por una red, comúnmente Internet. Existen pequeñas diferencias entre SSL 3.0 y TLS 1.0, pero el protocolo permanece sustancialmente igual. SSL se ejecuta en una capa entre los protocolos de aplicación como HTTP, SMTP, NNTP y sobre el protocolo de transporte TCP, que forma parte de la familia de protocolos TCP/IP. http://es.wikipedia.org/wiki/Transport_Layer_Security visitada el 15 de noviembre de 2008 a las 15h51.

²⁷³ **Secure Electronic Transaction** o **SET** (del inglés, Transacción electrónica segura) es un protocolo estándar para proporcionar seguridad a una transacción con tarjeta de crédito en redes de computadoras inseguras, en especial Internet.

SET surge de una solicitud de estándar de seguridad por VISA y MasterCard en febrero de 1996 y la especificación inicial involucró a un amplio rango de compañías, tales como GTE, IBM, Microsoft, Netscape, RSA y VeriSign.

2.2.3.6.6. Veracidad

Han existido muchos estudios filosóficos que explican la verdad; algunos han llegado a negarle existencia. Empero, a la luz del derecho, su existencia debe ser probada; lo verdadero²⁷⁴ se ha definido de muchas maneras, entre las más acertadas está *adecuatio mentis at res*²⁷⁵. Este mismo estudio “*la entidad de la cosa precede a la razón de verdad*”²⁷⁶. Un conocimiento es verdadero en la medida en que declare y manifieste ser de las cosas según el enunciado *verum est manifestativum et declarativum*²⁷⁷; una cosa es verdadera en su causa, *verum est id quod est*²⁷⁸. Se entienden los siguientes sentidos fundamentales: a) conformidad del entendimiento con la cosa; b) conocimiento verdadero; y, c) verdad de las cosas; todos ellos comparten una base ontológica en su definición: el ser de las cosas²⁷⁹.

Mientras la autenticidad e integridad se vinculan directamente con el canal o medio de comunicación, la veracidad se relaciona al mensaje, ya que contiene

SET utiliza técnicas criptográficas tales como certificados digitales y criptografía de clave pública para permitir a las entidades llevar a cabo una autenticación entre sí y además intercambiar información de manera segura. http://es.wikipedia.org/wiki/Secure_electronic_transaction visitada el 15 de noviembre de 2008 visitada el 15 de noviembre de 2008 a las 15h58.

²⁷⁴ **Verdad.** (Del lat. veritas, -ātis). 1. f. Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente. 2. f. Conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa. 3. f. Propiedad que tiene una cosa de mantenerse siempre la misma sin mutación alguna. 4. f. Juicio o proposición que no se puede negar racionalmente. 5. f. Cualidad de veraz. Hombre de verdad 6. f. Expresión clara, sin rebozo ni lisonja, con que a alguien se le corrige o reprende. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua).

²⁷⁵ Adecuación de la cosa y el entendimiento. Santo Tomás de Aquino, De Veritate. Cita de Riofrío, Ob. Cit. Pág. 123.

“El alma es en cierto modo todas las cosas”. Aristóteles, libro III de De Anima. Cita de Ib.

²⁷⁶ Santo Tomas de Aquino, Ib.

²⁷⁷ Ser verdadero es ser manifestativo y declarativo, Ib.

²⁷⁸ La verdad es lo que es. Ib.

²⁷⁹ Llano, Alejandro, Gnoseología, Pamplona, Ed. Eusa, 1983, Pág. 29, cita de Ib. Pág. 124.

ideas y juicios²⁸⁰. Según Gaete González se distinguen tres manifestaciones de verdad:

a) Impuesta, es la esencia, el motivo del otorgamiento y la fecha del documento público; b) puesta, es el principio de prueba por escrito y contiene las declaraciones de las partes; y, c) supuesta, procede de presunciones legales, su contenido es la identidad de las partes por medio de documento de identificación, su capacidad y aptitud y las manifestaciones de voluntad de dar, hacer o no hacer una cosa²⁸¹.

La obligación de verificar la autenticidad y exactitud de datos de los certificados de firma electrónica está descrita por el Reg. LCE²⁸², y disposiciones de la misma legislación sobre el contenido de los certificados electrónicos²⁸³.

2.2.4. Análisis Jurisprudencial.

Para este efecto se utiliza la publicación en la Gaceta Judicial de mayo a agosto de 2002 y específicamente el caso Carrasco Cifuentes vs. Banco La Previsora. La competencia recae en el Juzgado Cuarto del Trabajo de Guayas.

2.2.4.1. Contenido de la demanda y contestación

²⁸⁰ Desantes José, otros, Derecho a la información, T. II., Navarra, Ed. Eusa, 1995, Pág. 21, cita de lb.

²⁸¹ GAETE González, Eugenio, Instrumento público electrónico, Barcelona, Ed. Bosch, 2000, Pág. 90.

²⁸² **Artículo 18 Reg. LCE.-** Responsabilidades de las entidades de certificación de información. Es responsabilidad de la entidad certificadora de información o de la entidad de registro que actúe en su nombre, verificar la autenticidad y exactitud de todos los datos que consten en el certificado de firma electrónica.

El CONATEL podrá requerir en cualquier momento la información de la entidad de certificación de información, de registro que actúe en su nombre, o del titular del certificado de firma electrónica los documentos de respaldo que confirmen la autenticidad y exactitud de los datos que contiene.

²⁸³ Artículo 22 LCE (Loc. Cit.).

La parte actora manifiesta haber ingresado a laborar en la mencionada institución financiera el 13 de abril de 1981, cumpliendo diecinueve años, un mes y dieciocho días, hasta el 31 de mayo de 2000. En este periodo de tiempo desempeñó varias funciones ejecutivas, ascendiendo en el organigrama del Banco. Dice que el 5 de noviembre de 1999 fue promovida a Gerente Nacional de Tesorería, reemplazando a otro funcionario también beneficiado por un ascenso. Manifiesta que le correspondía percibir por lo menos la misma remuneración que el empleado anterior, sin que esto se haya cumplido y sin habersele pagado las diferencias. El 31 de mayo de 2000 se le hace conocer la decisión unilateral del Banco de poner fin a su relación laboral, que se le presentó un Acta de Finiquito conteniendo una liquidación calculada en base a la remuneración anterior, la que suscribió y cobró bajo protesta de inconformidad y que impugna ante el Juzgado.

Pretensión.- en sentencia se condene a los demandados a pagar los rubros que se detallan en la demanda (reliquidación laboral en base al sueldo que le correspondía, jubilación y otros aportes del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social).

La contestación negó los argumentos de hecho y de derecho de la demanda, principalmente que la actora haya sido ascendida al cargo que ha dicho en la demanda.

2.2.4.2. Pruebas apreciadas y resolución de Primera Instancia.

- a) *Comunicación de 5 de noviembre de 1999, enviada por medio del correo electrónico a varios ejecutivos de la organización, mediante la cual se encarga a la actora la Gerencia Nacional de Tesorería; se solicita colaboración de todos los destinatarios.*
- b) *Correo electrónico enviado por uno de los ejecutivos del banco a la actora, adjunto un archivo denominado “Plan Estratégico del Banco”, estableciendo el encargo de vacantes y específicamente uno a favor de la actora por el cargo antedicho.*
- c) *Reportes de organigrama o “líneas de reporte” donde la trabajadora aparece como encargada de las funciones mencionadas; el antecesor en éstas se favorece con un ascenso a Vicepresidente Ejecutivo*
- d) *Acta de entrega-recepción de despacho suscrita por la demandante y otros funcionarios del banco, de 5 de junio de 2000 donde la actora suscribe como titular del cargo controvertido.*
- e) *Confesiones fictas de los representantes del Banco.*
- f) *Testimonios de otros empleados del demandado que suman tres, sin impugnación o tacha, confirman las funciones de la actora conforme el cargo controvertido.*
- g) *Acta de finiquito, diminuta, no contempla los requisitos de la legislación laboral.*

La jueza de primera instancia considera probada la relación laboral por medio de los documentos; acepta parcialmente la demanda, ordena la reliquidación, niega el pedido de jubilación y pagos de aportes de seguridad social.

2.2.4.3. Pruebas y sentencia de la Sala de Apelación.

La motivación de esta resolución es muy básica e inclusive se la ataca en el recurso de casación que se interpone. La Sala se limita a decir que la relación laboral entre las partes y el despido intempestivo se comprueban por medio de las pruebas de los literales a, b, c, d, e y f anotadas anteriormente. El considerando cuarto de esta sentencia pretende explicar todos los argumentos que sirven para ratificar la sentencia recurrida, lo hace exigüamente y sin llegar a conclusiones sobre el fondo de la controversia.

La resolución aprueba la impugnación del acta de finiquito y la reliquidación de la empleada. Se confirma la sentencia apelada.

2.2.4.4. Recurso de Casación.

Los representantes legales del Banco²⁸⁴ presentan recurso de casación por las causales 1 y 3 del Artículo 3 de la Ley de Casación²⁸⁵. Por infringir normas de tipo sustancial laboral²⁸⁶ y procesal²⁸⁷.

²⁸⁴ Fusionado por absorción con Filanbanco S. A. el 5 de julio de 2000 mediante Resolución JB-2000230 de la Junta Bancaria.

²⁸⁵ **Art. 3 (Ley de Casación).**- El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: 1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva; (...) 3ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto (...).

²⁸⁶ **Art. 95 C. de T.-** Para el pago de indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, se entiende como remuneración todo lo que el trabajador reciba en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que percibiére por trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios, el aporte individual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando lo asume el empleador, o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio.

Se exceptúan el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales, la decimotercera, decimocuarta remuneraciones, decimoquinto y decimosexto sueldos, componentes salariales en proceso de incorporación a las remuneraciones, y el beneficio que representan los servicios de orden social.

Art. 595 C. de T.- El documento de finiquito suscrito por el trabajador podrá ser impugnado por éste, si la liquidación no hubiere sido practicada ante el inspector del trabajo, quien cuidará de que sea pormenorizada.

El análisis de la Sala de Casación se fundamenta en once argumentos: a) El contenido de la demanda: a.1) que fue ascendida la fecha mencionada; a.2) le correspondía percibir la remuneración asignada para el nuevo cargo; a.3) hasta la fecha de su despido intempestivo percibió la misma remuneración anterior al ascenso; a.4) reclamó esta circunstancia en varias instancias; a.5) impugna el acta de finiquito por injusta; b) el representante legal del demandado respondió la demanda, negando los argumentos de hecho y de derecho de ésta; c) se establece que los hechos que se debían probar son: c.1) el desempeño del cargo mencionado, c.2) cuanto le correspondía como remuneración; d) la sentencia de segunda instancia consta de una contradicción de fondo; e) ésta misma sentencia expresa coincidencia entre la confesión ficta del demandado y la prueba testimonial; f) en las confesiones fictas de los demandados aparecen iguales preguntas sobre el desempeño de las funciones referidas y la remuneración que le correspondía; g) consideran que estas preguntas permiten inferir que el puesto se ejerció mediante mero encargo y no titularidad; h) dudan de la credibilidad de los testigos, quienes al momento de dar la razón de sus dichos se han limitado a decir que son ex empleados del Banco y sin mencionar el periodo de labores, se observa un resquicio de fechas en un testimonio; **i) se toma en cuenta la reproducción de correos electrónicos, se resalta su carencia de firmas de responsabilidad, habiendo sido impugnados por uno de los demandados, se menciona que en la exposición de motivos de la Ley de Comercio Electrónico²⁸⁸ se limita el**

²⁸⁷ Artículos 113, 114, 117 CPC (LOC. CIT); Vid. 164, 166, 183, 194 (Referidos a la fuerza probatoria de los instrumentos públicos); y, 276 CPC (Sobre la motivación de la sentencia).

²⁸⁸ Considerando Cuarto: Que a través del servicio de redes electrónicas, incluida la Internet, se establecen relaciones económicas y de comercio, y se realizan actos y contratos de carácter civil y mercantil que es necesario normarlos, regularlos y controlarlos, mediante la expedición de una ley especializada sobre la materia;

poder probatorio de estos medios; j) consideran que falta probar además las circunstancias descritas en a.1 y a.5; k) consideran una solicitud de fondos de reserva de fecha 17 de enero de 2000 suscrita por la actora como “Tesorera General COD 928”, siendo reconocido este escalafón en la confesión judicial rendida por la trabajadora. Después de analizar el caso de la forma arriba mencionada la Sala determina que el Tribunal de Apelación violó normas positivas del CPC²⁸⁹. Tras exponer estas razones casan la sentencia del tribunal a quo y declaran sin lugar la demanda.

2.2.4.5. Conclusión del caso

Este proceso laboral nos permite entender la versatilidad de los medios electrónicos de prueba, se pretenden utilizar para probar un hecho. Esta materia contiene muchas circunstancias que pueden ser probadas mediante un correo electrónico, como en el presente caso u otros tipos de prueba electrónica, y es que en el siglo XXI gran cantidad de puestos de trabajo utilizan ordenadores como única herramienta.

Se mencionó previamente que la ausencia de firma electrónica en un mensaje de datos o documento electrónico puede ser subsanada mediante un examen pericial para corroborar todas las garantías del medio probatorio. En el presente caso, ante la impugnación de la cual fueron objeto, convenía solicitar la práctica de esta diligencia, no se hizo así, y la sentencia de casación no los incorporó como prueba plena, las instancias inferiores si califican su aptitud natural. El artículo 54 inciso segundo establece que quien impugna un mensaje

²⁸⁹ Loc. Cit. Artículos 113, 114, Vid. 125 CPC

de datos debe probar las razones por las que lo hace; sin embargo cave mencionar que cuando inició el juicio la ley especial no estuvo en vigencia, por lo que se debió analizar su valor documental natural.

La Sala de Casación limita el poder probatorio de estos medios refiriéndose al Considerando Cuarto de la LCE, criterio muy limitado ya que el uso de estas herramientas no es privativo de sujetos dedicados a asuntos civiles y mercantiles; actualmente se ha enunciado el derecho a beneficiarse de los adelantos tecnológicos, es injusto y contradictorio limitar su provecho.

2.3. Conclusiones capitulares.

La prueba electrónica se rige por la ley especial de comercio electrónico la cual contiene disposiciones esencialmente sustantivas y un capítulo entero que regula la presentación de pruebas electrónicas, que debe ser calificado como adjetivo por la naturaleza de sus mandatos; resulta una parte de alta utilidad que permite establecer inclusive criterios de apreciación como lo es el libre criterio judicial.

En segundo término la nueva doctrina de comercio electrónico permite la comprensión de conceptos como el mensaje de datos –documento electrónico-, su utilidad y ciertos reconocimientos jurídicos. Amplía la esfera de su uso, permitiendo a las instancias públicas su emisión con carácter de instrumento público y todas las propiedades de este tipo de documento. Otra especie de mensaje de datos de tipo accesorio, es la firma electrónica junto a su

correspondiente certificado, aunque se considera un medio probatorio por si solos siempre se ha de requerir la existencia de un mensaje de datos.

Estos medios se apegan a los principios de la teoría general de la prueba, constan de cualidades únicas que comparadas a las de medios tradicionales conllevan mayor seguridad en la información y sus manifestaciones. Se aplican principios como la aptitud natural probatoria común a la prueba documental tradicional, sin embargo los documentos electrónicos contienen mayores elementos de seguridad, aun más si se hace uso de medios como la firma electrónica y el certificado, ante lo cual se los equipara a documentos legítimos. Estos reconocimientos permiten probar tanto hechos, actos, contratos e inclusive infracciones antijurídicas de Derecho Penal. El correspondiente procedimiento está mencionado en la misma LCE, sin embargo las herramientas jurídicas tradicionales permiten la práctica de diligencias tales como la exhibición de documentos e inclusive la inspección judicial, sin dejar de contar los exámenes periciales. La producción se completa mediante la posibilidad de impugnar la prueba electrónica, así se garantiza el derecho a la defensa. Adicionalmente se han establecido, mediante la doctrina, criterios de apreciación de la prueba electrónica que resultan en mayor seguridad que los utilizados anteriormente para medios tradicionales.

CAPITULO III

La necesidad de la práctica de prueba electrónica en el contexto jurídico actual

3.1. Problemas propios de los instrumentos.

Los nuevos medios de prueba electrónica como mensajes de datos y firmas electrónicas son, en cierta medida, vulnerables a manipulaciones atentatorias que coartan su poder probatorio e inclusive pueden determinar la pérdida o desaparición de la evidencia o prueba electrónica. Existen estrategias y aplicaciones informáticas utilizadas por encargados de sistemas de datos para prevenir acciones de terceros con el objeto de descifrar códigos de seguridad e invadir los sistemas. Se han presentado actos manifiestamente dolosos, realizados con el objeto de nunca más ser verificados y peor ser perseguidos electrónicamente. La manipulación que resulta de esta intromisión transgrede el orden público y los bienes jurídicos protegidos por la legislación, restan el valor probatorio de los medios almacenados. *“Nadie puede diseñar un sistema que alguien más no pueda comprometer o vulnerar”*²⁹⁰. La conexión directa a una red compromete la seguridad de cada terminal, lo cual se puede prevenir y en ciertos casos no se logra evitar.

Las actividades en línea que menoscaban la seguridad de los mensajes de datos, firmas electrónicas y otros instrumentos propios de la informática son los denominados “Scam”, “phishing” y “pharming”. *Scam* es análogo al “spam” en su mecanismo –envío masivo de publicidad que supuestamente proviene de instituciones financieras, compañías de tarjetas de crédito, notificaciones de entidades públicas, publicidad de eventos y productos, noticias destacadas, descargas de programas, temas pornográficos, mensajes personales de

²⁹⁰ ACKOFF, R y ADDISON, H. (2007) Management F-law. How organizations really work. Triarchy Press. Cita de Cano Jeimy, Estrategias anti-forenses en informática: Repensando la computación forense, en Revista de Derecho Informático Alfa-redi No. 110 de septiembre de 2007.

remitentes desconocidos, etc.-, se diferencia de aquél porque instala un caballo de Troya en el sistema, su principal objetivo es realizar un delito contra la propiedad, perjudicando tanto al titular de una cuenta como a la entidad bancaria que la maneja; inicia por el envío de información por diversos canales informáticos como correo electrónico, chats, servicios de mensajería instantánea, etc. y la descarga del antedicho caballo de Troya; su función es registrar las teclas que son presionadas por el usuario y la información de algunos dispositivos periféricos como el monitor y el ratón²⁹¹. Los datos le son transferidos a quien programó el troyano mediante los protocolos comunes de la red. El “phising” consiste en uso similar del correo electrónico, publicidad falsa –“banners”-, IRC –“Internet Relay Chat”-, programas de mensajería instantánea y troyanos de navegación, con el fin de “pescar” claves, firmas digitales e información financiera y bancaria en un “mar” de usuarios de la Red, los conducen a sitios electrónicos aparentemente legítimos y a consignar información personal que será usada fraudulentamente sin consentimiento. “Pharming” consiste en llevar a particulares a sitios que han sufrido la modificación de la información del DNS²⁹², éste ya no es de fiar (v. gr., Al digitar una página electrónica www.nombredelbanco.com nos lleva a un sitio falso como <http://105.105.802.7>). Estas actividades permiten la alteración de los datos consignados en firmas electrónicas y otros sistemas de seguridad, además del uso sin la disposición del dueño legítimo o el conocimiento de las entidades responsables de pagos y manejo de recursos dinerarios.

²⁹¹ Cfr. De Paiva Simon Claudio Antonio, Scam, phising e pharming, en Revista de derecho informático Alfa-redi No. 105 de Abril de 2007. Se refiere a las funciones con los nombres de *keylogger* y *screenlogger*.

²⁹² Domain Name System servers o Servidor de Nombre de Dominio.

Otros tipos de atentados contra la información en formato digital son intromisión que atenta la intimidad personal, la divulgación de contenidos e información de la vida privada, falsas declaraciones por parte de terceros fraudulentos y por último la apropiación de información con fines dolosos. Estos hechos resultan en manipulación de la información contenida en discos rígidos y detrimento de la aptitud probatoria natural de los documentos o archivos que contenían esa información; deben ser comprobados mediante peritaje y herramientas informáticas forenses que podrán determinar su utilidad.

3.1.1. Amenazas naturales.

Estos medios pueden ser susceptibles de aquellos usos indebidos y no autorizados. Algunos de estos incidentes pueden ser catalogados bajo ciertos criterios²⁹³: a) pérdida de la confidencialidad de la información; b) compromiso de la integridad de la información; c) indebida utilización de servicios, sistemas o información; d) daño a los sistemas; y, e) problemas de seguridad en la consignación de datos y la formación de la firma electrónica que conllevan la negación de su certificación.

Su soporte puede sufrir averías espontáneas, solía ser común que los disquetes se dañaran, asimismo los discos duros son fácilmente susceptibles de errores electrónicos y en general los sistemas computacionales poseen defectos de fábrica que impiden la veracidad absoluta de sus contenidos. Pudieran ser aprovechados por programadores para esconder datos en

²⁹³ BROWNLEE, N. y GUTTMAN, E. (1998) RFC 2350: Expectations for Computer Security Incident Response. Network Working Group. June. <http://www.rfc-editor.org/rfc/rfc2350.txt> cita de Cano M. Jeimy, Conceptos y retos de incidentes de seguridad y la evidencia digital, en Revista de Derecho Informático Alfa-redi No. 47 de junio de 2002.

sectores que aparecen dañados, lo que constituye un tipo de acción evasiva. Cuentan además errores del software base -sistema operacional- o del software de aplicación cuyo resultado típico es un cambio del contenido de los archivos y pérdida de información, los mismos podrían ser programados mediante pequeños archivos preinstalados y codificados con ese propósito. Es necesaria la formulación de estrategias de identificación, recolección, aseguramiento, análisis y presentación de Evidencia Digital²⁹⁴, éstas permiten identificar errores espontáneos o programados.

Las acciones evasivas pretenden burlar las estrategias para controlar las intromisiones no autorizadas y restar valor a los medios electrónicos que pudieran servir como prueba. Principalmente se manifiestan cuatro categorías²⁹⁵: a) métodos para prevenir o ser usados contra los sistemas oficiales; b) limitar las posibilidades de identificación, recopilación, clasificación y validación de información; c) reducir la cantidad y calidad de evidencia forense; y, d) cualquier tentativa de comprometer su disponibilidad y utilidad. Se manifiestan objetivamente en lo siguiente²⁹⁶: a) limitar la detección de un evento que haya ocurrido; b) distorsionar la información residente en el sitio; c) incrementar el tiempo para descifrarla; d) generar dudas e inconsistencias para cualquier peritaje; e) engañar y limitar el uso de aplicaciones informáticas

²⁹⁴ Cano M. Jeimy, Admisibilidad de la Evidencia Digital: Algunos elementos de revisión y análisis en Revista de Derecho Informático Alfa-redi No. 61 de agosto de 2003. Se refiere a la actividad de la computación forense.

²⁹⁵ HARRIS, R. (2006) Arriving at an anti-forensics consensus: Examining how to define and control the anti-forensics problem. *Digital Investigation*. Pág. 44-49. Disponible: <http://www.dfrws.org/2006/proceedings/6-Harris.pdf> (Consultado: 24/03/2007), cita de Cano Jeimy, Estrategias anti-forenses en informática: Repensando la computación forense, en Revista de Derecho Informático Alfa-redi No. 110 de septiembre de 2007.

²⁹⁶ GARFINKEL, S. (2007) Anti-Forensics: Techniques, Detection and Countermeasures. *Proceeding of The 2nd International Conference on i-Warfare and Security (ICIW)*, Naval Postgraduate School, Monterey, CA, March 8-9. Disponible en: <http://www.simson.net/clips/academic/2007.ICIOW.AntiForensics.pdf>, cita de Cano, Estrategias anti-forenses, en R. D. I. Alfa-Redi No. 110.

forenses; f) diseñar y ejecutar ataques contra las pericias; y, e) eliminar los rastros de intromisión que puedan ser investigados. Las típicas acciones evasivas de evidencia son: a) su destrucción; b) eliminación de su fuente; c) su ocultación; y, d) falsificación.

3.1.2. Seguridad de instrumentos e información electrónica.

Evitar los defectos probatorios de los medios electrónicos requiere la aplicación de diversos mecanismos preventivos por parte de los responsables de la custodia de datos e información electrónica y de los mismos usuarios comunes de la Red²⁹⁷:

- a) Evaluación de fortaleza y debilidad de claves privadas y públicas;
- b) ensayos de intromisión interna y externa; c) vigilancia de uso de contraseñas –estadística o verificación cuantitativa de los usos y dinámica o revisión específica de las funciones y actividades ejecutadas con el uso de sistemas de seguridad-; d) revisión de acceso de información –“packet filter firewall”-; e) observación del uso de red –identificación de intrusos-; f) codificación de conexiones y archivos; g) instalación y reajuste de programas antivirus; h) establecer registro de auditoría electrónica e informática; i) categorización de información; y, j) examen de riesgo y control de datos. Existen varios protocolos de seguridad en la Red, entre ellos los mencionados Secure Socket Layer²⁹⁸ (SSL) y Secure Electronic Transfer²⁹⁹ (SET), adicionalmente el Pretty Good Privacy³⁰⁰ (PGP),

²⁹⁷ Cano Jeimy, Concepto Extendido de la Mente Segura: Pensamiento Sistémico en Seguridad Informática, en Revista de derecho informático Alfa-redi No. 89 de diciembre de 2005.

²⁹⁸ Utiliza un cifrado de 128 bits lo que dificulta su decodificación, no usa certificado digital.

²⁹⁹ Requiere uso de certificado electrónico y la instalación de un programa.

Privacy Enhanced Mail³⁰¹ (PEM) y Secure Multipurpose Internet Mail Extension³⁰² (S/MIME).

La eficacia probatoria de los medios electrónicos en sede judicial dependerá en todo caso de la capacitación que jueces y profesionales del derecho puedan alcanzar, actualmente y a pesar de contar con una ley especial que se puede aplicar en la universalidad de estos casos, esto no se ha logrado. La Función Judicial no cuenta con sistemas capaces de conservar bajo alta seguridad los datos consignados en sistemas informáticos, únicamente se utilizan los sistemas de seguridad propios del software que se utiliza en el trabajo cotidiano y no se han destinado los espacios correspondientes de conservación, mucho menos se ha dotado a la Fiscalía de los equipos físicos adecuados y el software necesarios para el análisis pormenorizado y particular por parte de sus autoridades. Dichas autoridades suelen solicitar exámenes periciales, lo cual debería ser la excepción ya que el poder probatorio de los documentos electrónicos ha sido establecido en la ley especial y constituye la regla general, tal como corresponde a la prueba documental tradicional. La valoración se debe dar en este sentido, sin importar la falta de formación de jueces y otras autoridades en temas informáticos, la ausencia de experiencia y la inseguridad de aplicar el sentido cabal de la norma impiden su aplicación efectiva, estos hechos resultan injustificados ya que los órganos jurisdiccionales están obligados a administrar justicia y admitir todas las pruebas que las partes propusieren siempre y cuando su veracidad no haya sido rebatida.

³⁰⁰ Utiliza claves públicas, privadas y funciones resumen; aunque no llegan a los estándares de las firmas digitales comunes.

³⁰¹ Permite la transferencia de archivos encriptados mediante el correo electrónico.

³⁰² Permite la generación de claves públicas y privadas, la obtención y gestión de certificados, el uso de firmas electrónicas avanzadas y la codificación de los mensajes.

En muchos otros casos, la seguridad es un problema mayor en contra la originalidad y autenticidad. Por ejemplo, los mensajes de datos, documentos electrónicos e información electrónica resultan de una duplicación muy simple. Normalmente al realizar esta actividad el ordenador almacena las fechas de creación, duplicación, modificación, último acceso, etc., lo que posibilita su detección. A pesar de esto y por tratarse de códigos que son descifrados día a día, la evidencia duplicada o modificada podría no ser reconocida oportunamente por la manipulación de terceros. Se representa así un problema mayor de autenticidad, la negación de esta garantía resta valor probatorio a cualquier medio. Estos usos resultan en falsificación de evidencia electrónica, se debe ante cualquiera de estos casos analizar la información contenida en los dispositivos de almacenamiento o a la misma prueba electrónica presentada en juicio, lo que se deberá realizar mediante un examen pericial exhaustivo y determinante que detecte estas manipulaciones.

3.2. Cuestiones normativas internas e internacionales.

La LCE y su Reglamento adolecen de algunos errores y contradicciones que impiden la correcta apreciación del contenido de normas referidas a garantías como integridad u originalidad, otras de tipo operativo que han sido omitidas en la norma reglamentaria cuando han sido enunciados en la ley especial, entre otras dificultades normativas internas que deberán ser reconsideradas por los posteriores órganos legislativos. Además disponen normas para la práctica de prueba electrónica acordes a las garantías del debido proceso y su producción

acorde a derechos constitucionales históricos como intimidad, confidencialidad, etc. Por otro lado se debe mencionar la inexistencia de tratados internacionales que regulen estos aspectos, por lo que será necesario determinar los preceptos que rigen esta materia en el ámbito internacional.

3.2.1. Inconvenientes de la Ley especial y el reglamento.

La principal ventaja de la evidencia o prueba digital es su veracidad y eficacia probatoria, superior en muchos sentidos a los tipos probatorios tradicionales, a pesar de verse amenazados, se desarrollan conforme la necesidad del ser humano, la tecnología poco a poco reemplaza los anteriores usos, constituye un hecho evolutivo natural de la sociedad humana al reemplazar tecnología vieja por sistemas de punta. Gradualmente reemplazarán a los medios tradicionales y su veracidad será indiscutible. Esta materia ha sido tan poco analizada por la Justicia que no existen casos civiles o mercantiles resueltos por las convicciones que estos medios pudieran arrojar o bajo normas de la LCE, mucho menos fallos de triple reiteración o sentencias condenatorias o absolutorias por delitos contra las comunicaciones electrónicas, adicionalmente a la jurisprudencia laboral analizada previamente se debe mencionar la sentencia emitida por la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la antigua Corte Suprema de Justicia en el proceso signado con el No. 67-2005 y que fuera emitida el 20 de septiembre de 2006³⁰³. La realidad lógica en general es la fiabilidad de los medios probatorios electrónicos, las violaciones y

³⁰³ Caso González Vs. Casa Moeller Martínez. Presentado el recurso por el demandado fundado en varias de las causales de la Ley de Casación, se pretende hacer revisar la valoración probatoria (causal tercera del Art. 3) de una Protocolización del Acta Notarial de Diligencia de Constatación de la creación de una dirección de correo electrónico y envío de varios mensajes de datos, misma que según el criterio de la Sala no puede constituir prueba por existir una violación del Art. 9 inciso segundo de la LCE, esto es, se utilizó datos personales sin la autorización del titular u orden de autoridad competente, que en este caso no podía ser el Notario Cuadragésimo del Cantón Quito.

detrimentos de su eficacia se dan de manera excepcional. Este es un principio que no se establece explícitamente en la legislación, sin embargo se requiere un examen pericial en caso de impugnación, lo que se puede interpretar en ese mismo sentido. La ley no reconoce el valor probatorio natural e intrínseco de los documentos electrónicos, pues exige su presentación con firma digital.

La LCE contiene una falla gramatical en el artículo 7 inciso segundo, según el cual *“Se considera que un mensaje de datos permanece íntegro, si se mantiene completo e inalterable su contenido, salvo algún cambio de forma, propio del proceso de comunicación, archivo o presentación”*. Delimita el concepto de íntegro con expresiones sinónimas lo que deja poco espacio al entendimiento cabal de esta garantía. Quizá se debió manifestar como en la ley modelo de CNUDMI³⁰⁴ que la integridad de la información dependerá de la firma digital y cualquier alteración al mensaje se deberá detectar después del momento de la firma, aunque esta afirmación no es del todo ilustrativa; posiblemente es necesaria una definición más simple de integridad como cualidad de un documento que mantiene la identidad de su creación.

El segundo inciso del artículo 8 de la LCE permite la conservación de datos mediante servicios de terceros. El presupuesto requerido en adquisición, instalación, desarrollo, mantenimiento, control, actualización tecnológica, etc.

³⁰⁴ **Artículo 6 Ley Modelo Firma Electrónica CNUDMI.-** *Cumplimiento del requisito de firma.-*
1) Cuando la ley exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea tan fiable como resulte apropiada a los fines para los cuales se generó o comunicó ese mensaje.(...) 3) La firma electrónica se considerará fiable a los efectos del cumplimiento del requisito a que se refiere el párrafo 1) si: (...)c) es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y, d) cuando uno de los objetivos del requisito legal de firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.

de sistemas de almacenamiento, gestión, distribución, etc. de información electrónica en la actualidad, como en el pasado, son inalcanzables para un ciudadano promedio; los ordenadores personales no se han diseñado con capacidades masivas, en el futuro se prevé una ampliación de la capacidad de almacenaje de información de sistemas menores. Actualmente se reconoce todo tipo de prueba electrónica bajo el principio de neutralidad tecnológica, la conservación privada es el método más usado en la actualidad, las empresas suelen tener sistemas informáticos capaces de dar lectura y procesar los datos del universo organizacional. Estos datos son prueba según nuestra legislación y sus principios. La actividad lucrativa realizada con este objeto deberá ser regulada por las otras leyes ordinarias del tipo mercantil. Es una consecuencia tácita de este enunciado permisivo, esta actividad resulta hartamente costosa y nadie, salvo el Estado, la podría realizar sin beneficio patrimonial. Asimismo el reglamento enuncia los principios de libre competencia y contratación que deben regir esta actividad.

El artículo 10 de la LCE se refiere de manera directa a las actividades de “phishing”, “pharming” y “Scam” que utilizan estafadores de la Red atentando contra principios como no repudio, confidencialidad, autenticidad y veracidad. Se obliga a quienes utilizan los servicios informáticos de este tipo verificar procedencia y cualidades derivadas de aquellos principios. Esto no basta como medida de prohibición de estas actividades, existen personas que lucran enviando a personas comunes archivos que destruyen los sistemas propios, afecta derechos constitucionales como el patrimonial, consisten en virus, troyanos, gusanos, etc. considerados archivos malignos por los sistemas de

seguridad ya que los inhabilitan, es un serio atentado contra las personas y sus prerrogativas. La erradicación de estas actividades se dará únicamente con el desarrollo de ingeniosos sistemas informáticos capaces de detectar y anular cualquier amenaza automática y apresuradamente. La legislación especial se olvidó de penalizar a quienes utilizan la información con este ánimo, no deja de ser un enunciado bienintencionado. El reglamento solo ha podido establecer algunos parámetros (Art. 22 Reg. LCE) de aquello que es considerado como correo no solicitado, no podría una norma de inferior categoría establecer sanciones de ninguna clase.

La letra b del artículo 15 de la LCE menciona dispositivos técnicos de comprobación enunciados en “ella y sus reglamentos”, nada de esto se ha contemplado en ninguno de los dos cuerpos normativos. Se deben aplicar entonces las técnicas de informática forense que han resultado más prácticas como aquellas utilizadas por peritos autorizados e inclusive sistemas de investigación criminal extranjeros como FBI o Scotland Yard y que han resultado harto útiles, especialmente al detectar delitos informáticos, aunque algunos de los rastros muchas veces desaparecen justo antes de detectar el origen de ataques.

El tercer inciso del artículo 25 LCE establece la obligación de las entidades de certificación de levantar la suspensión temporal cuando hubieren cesado las causas que la originaron. El mecanismo o acto requerido para este supuesto no ha sido enunciado, sería lógica una notificación con este efecto.

El artículo 55 LCE se refiere a la valoración de la prueba electrónica, la que se somete al libre criterio judicial, es decir deja en libertad al juez de expresar las razones de su convicción o no. En sistemas democráticos como el nuestro donde la motivación de las decisiones gubernamentales debe ser minuciosamente expresada, la sujeción a este restrictivo método consiste en una limitación, deberían mencionarse como mecanismo adecuado los principios de la sana crítica o más específicamente la libre apreciación de la prueba.

Estos son algunos de los errores en los que incurre nuestra ley especial, es tarea del nuevo poder legislativo mejorar el texto de la LCE y asimismo concordar los errores del Reglamento. Sin embargo, estos vacíos de la ley no impiden su aplicación cabal, pero podrían prestarse a interpretación incorrecta por parte de los profesionales.

3.2.2. Carencia de Tratados Internacionales aplicables.

Si bien existe la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, ésta ha sido firmada por tan solo dieciocho Estados³⁰⁵, entre los que no cuenta el Ecuador o nuestro principal socio comercial, Estados Unidos de América y entre los sudamericanos solamente lo hizo Colombia; ninguno de los Estados signatarios ha ratificado el acuerdo por lo no tiene aplicación práctica sino teórica. También sin fuerza normativa y sólo como ejemplo se encuentra la Ley Modelo de Firma

³⁰⁵ http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention_status.html visitada el 23 de diciembre de 2008, a las 13h55.

Electrónica de CNUDMI. Ambos documentos contienen principios similares y plenamente identificados en nuestra legislación especial para la materia.

La Convención no se refiere a la forma en que se practicará prueba electrónica en tribunales como la Corte Internacional de Justicia³⁰⁶, esto dependerá de las normas de procedimiento que cada órgano de este tipo pueda tener. La Convención está compuesta de cuatro capítulos, el primero de ellos referido a la esfera de aplicación que consiste en formación y cumplimiento de contratos de comercio internacional, sin importar la ubicación física de las partes contratantes o si se tratase de materia civil o mercantil (Art. 1). Menciona algunos principios como la exclusión de actividades personales, familiares o domésticas y de tipo bursátil –por lo cual se deberán respetar la legislación *in situ* de la respectiva bolsa de valores-, actividades de tipo financiero y actos mercantiles como pagarés, letras de cambio, cartas de porte y otros documentos regulados por la legislación mercantil de cada nación.

El segundo capítulo contiene algunas disposiciones generales, entre las cuales se encuentra un breve glosario de términos propios de esta materia en similar sentido al establecido en nuestra ley especial (Art. 4). Continúa estableciendo principios de interpretación como su carácter internacional y la promoción de uniformidad en su aplicación; la existencia de principios generales del derecho que deberán ser tomados en cuenta junto a las normativa especial de cada Estado. Se anotan además las normas relativas a la ubicación física de las partes, orientadas a establecer el origen y destino de las comunicaciones y el

³⁰⁶ El Procedimiento de la Corte Internacional se describe en el Capítulo III Art. 43 de su Estatuto, contempla dos fases procesales, una escrita y otra oral, por la naturaleza documental de los instrumentos electrónicos se deberían presentar en la primera de ellas.

potencial establecimiento de ley y jurisdicción aplicables. La sección de disposiciones generales continúa estableciendo algunos requisitos que la información como identidad y ubicación de establecimientos y sujetos.

El Capítulo III hace referencia específica al uso de comunicaciones electrónicas en contratos internacionales, señala que no se podrán discriminar los medios electrónicos y ningún sujeto puede ser obligado a utilizarlos. Las disposiciones de la Convención no obligan a probar los contratos de ninguna forma específica, el requerimiento de mantener un documento por escrito será cumplido mediante el archivo del correspondiente mensaje de datos o documento electrónico, también el requerimiento de suscripción se subsanará con la firma electrónica mediante cualquiera de sus métodos. El tiempo, lugar de envío y recepción se regula en forma similar a la ley especial ecuatoriana. Las ofertas enviadas con un mensaje de datos obligan a su emisor en caso de que alguien la aceptare; se permite la formación de contratos electrónicos haciendo uso de estas ofertas y todos los medios electrónicos de transmisión de información. Se contempla la posibilidad de errores electrónicos en las comunicaciones, por lo cual los sujetos deberán verificar la procedencia y contenido de cada mensaje de datos.

La Convención continúa con el cuarto capítulo referido al procedimiento típico del Derecho Internacional Público como el depósito, firma, ratificación, aceptación, aprobación, adhesión. La entrada en vigor de la Convención se dará con el tercer depósito de un instrumento de ratificación.

3.2.3. Respeto de las Garantías del Debido Proceso.

El debido proceso es la garantía constitucional e institución jurídica que tiene como fin dotar a las partes de igualdad de armas y defensa³⁰⁷. Sus normas están en disposiciones constitucionales dogmáticas referidas a la administración de justicia, sus fines y medios³⁰⁸. Implica un carácter común a

³⁰⁷ VILABOY, Lotario, Ob. Cit., Pág. 491.

³⁰⁸ **Art. 75 CRE.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Art. 76 CRE.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.
6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
 - a. Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
 - b. Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
 - c. Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
 - d. Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
 - e. Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
 - f. Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
 - g. En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
 - h. Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
 - i. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
 - j. Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
 - k. Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
 - l. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.
 - m. Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

todos los procesos, el respeto de todas las leyes creadas para regular el ejercicio del poder jurisdiccional, ser juzgado por un representante del Estado a quien se le permite ejercer jurisdicción, plenamente competente. La preparación de jueces y abogados con perspectivas del respeto inequívoco de estos principios es el fin de todo Estado para garantizar la seguridad jurídica, la presunción de inocencia, la justicia eficaz y otros fines del sistema procesal. Resulta incomprensible que en la actualidad la práctica de prueba electrónica no sea un recurso en que los mismos profesionales del derecho crean, especialmente porque su fiabilidad es muy alta, las garantías que ofrecen son muy eficaces y las manipulaciones se pueden comprobar en la mayoría de los casos. El debido proceso supone el derecho de los sujetos a presentar las pruebas que soliciten, para que su admisibilidad sea calificada y sean practicadas conforme las normas ya descritas.

No se debe exigir la admisión de evidencia electrónica de todo tipo, el objetivo actual es inteligenciar a los jueces para que sean capaces por si solos de aplicar tantas disposiciones como sean necesarias, valorar las pruebas

Art. 167 CRE.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la constitución.

Art. 168 CRE.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interne y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley. 2. La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera. 3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución. 4. El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales. 5. En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley. 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Art. 169 CRE.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

electrónicas conforme los principios ya anotados y resolver sin dubitaciones frente a estos instrumentos; el Estado está obligado a dotar a todos sus estamentos de herramientas útiles para el ejercicio de las labores públicas, los órganos del poder judicial deben mantener la capacidad para acceder al lenguaje y a la materialización de instrumentos digitales; todas estas acciones garantizan el debido proceso a favor de los usuarios de información electrónica.

3.3. Conclusiones

A pesar de las deficiencias de la seguridad de estos nuevos medios, la tecnología y el ingenio humano son capaces de demostrar manipulaciones de instrumentos electrónicos; éstas constituyen conductas delictuales contrarias al orden público y las normas penales especiales de la ley. Las intromisiones no autorizadas e inclusive las codificaciones maliciosas se previenen mediante el correcto uso de medidas preventivas de seguridad a cargo de los titulares de equipos y sistemas informáticos.

Actualmente la LCE y su Reglamento contienen errores, aunque no impiden su eficiente aplicación imposibilitan a los particulares beneficiarse de todas las cualidades de los nuevos medios electrónicos, en el corto plazo deberán ser revisadas por los órganos legislativos correspondientes. Adicionalmente se mencionó la ausencia de normas de derecho internacional público con el objeto de equiparar la situación de las naciones frente al uso de estos medios, esto por la omisión de algunos Estados, como el Ecuador, de firmar y ratificar la Convención de Naciones Unidas creada específicamente con este objeto.

Como otros medios probatorios, la fuente de la prueba electrónica ha de respetar las disposiciones constitucionales y legales referentes a la legitimidad de su obtención. Específicamente se deben respetar aquellas normas denominadas del Debido Proceso y que se remontan al siglo XIII y que se refieren desde su nacimiento al juzgamiento a cargo de la autoridad judicial natural con el objeto de emanar resoluciones plena y eficientemente motivadas.

CONCLUSIONES DEL TRABAJO

1. Los principios generales relativos a la materia probatoria son el resultado de la aplicación de otros de tipo procesal, se deben respetar ciertas normas de naturaleza sustantiva y otras disposiciones constitucionales que los

consagran. Se pretende garantizar la integridad de la justicia mediante la necesaria justificación de hechos alegados de manera unívoca, conjunta, auténtica, legítima, original, libre, pertinente y natural. Los representantes del Estado, como jueces, deben someterse a la obligación de verificar todos aquéllos requisitos para cada tipo de prueba, se debe procurar su práctica coherente con las normas relativas a procesos específicos como juicios mencionados en el CPC y de naturaleza penal, laboral, etc.

2. La materia probatoria proviene del desarrollo de sistemas jurídico-sociales que pretenden ser eficaces en la resolución de controversias y otros hechos que requieren una actuación estatal motivada, legítima y eficaz, pero que en muchas ocasiones no lo han logrado, se han suprimido las facultades procesales y garantías del debido proceso, resultando una pobrísima calidad de la justicia en muchas etapas históricas de la humanidad y en la ineficacia actual de ciertos Estados en el manejo imparcial, expedito y cualitativo de la justicia. Aunque largamente se ha discutido sobre estas necesidades y su relación directa con la aplicación efectiva de jurisdicción y competencia, una función propia de abogados es la creación de pruebas procesales, administrativas, arbitrales, etc. que se conserven en el tiempo y cuyos atributos les sean propios indefinidamente permitiendo su eficacia en el futuro. Los doctrinarios han dedicado mucha tinta y papel en explicaciones sobre definiciones y delimitaciones del concepto de prueba, ya que no siempre están regulados completa y eficientemente por las legislaciones, son necesarias las disquisiciones doctrinarias para representar estos conceptos de forma simple y comprensible, de tal manera que se permita la formulación concluyente, al menos idealmente ya que la

doctrina no ha acordado tantas conclusiones generales como se necesitan, más bien muchas teorías se contradicen; por lo que es necesario que este análisis se realice respecto de normas positivas, jurisprudencia y principios generales del derecho. La labor de los jueces y órganos estatales corresponde a los principios enunciados, junto a los fines del derecho procesal, los mismos que se materializan específicamente en el caso de prueba; establecer la verdad en los procesos se determina como el principal sus fines, asimismo determinar la certeza del juez frente a la verdad, adicionalmente se anota la posición de esta institución frente a la presunción de inocencia, una de sus finalidades, tanto en su afirmación, como en la verificación de culpabilidad; bifurcación teleológica que manifiesta la propia naturaleza de la actividad jurídica.

3. El presente análisis nos permite entender que la prueba debe tener como objeto la verificación cierta de hechos aducidos en juicio y otros procesos no judiciales propios de la actividad estatal. Principalmente los hechos positivos o afirmaciones de supuestos fácticos deben ser probados. Las negaciones fueron susceptibles de prueba en Tribunales de la Inquisición, resulta una actividad inútil y que excepcionalmente arroja resultados determinantes. Existen cuestiones que no son susceptibles de probar como por ejemplo los hechos notorios, indefinidos, confesados, presumidos de derecho, evidentes, normales y otros que resultan en un desgaste del sistema de justicia.
4. La prueba deberá obedecer a un esquema lógico-procesal. Por ejemplo, en materia penal el manejo de la evidencia de las infracciones requiere un proceso más complejo que en procesos de naturaleza civil. En cierta

medida todas las pruebas deberán obedecer las fases del procedimiento probatorio, por ejemplo en la indagación previa al proceso penal deberá obedecer a la averiguación y aseguramiento de todo tipo de pruebas. Por otro lado todas las pruebas actuadas en cualquier juicio deben ser propuestas y presentadas, conforme sean admitidas, ordenadas y decretadas por los jueces, posteriormente a estos requerimientos deberán ser recibidas o practicadas. Estos principios ordenan otras fases propias de la actividad probatoria en el espectro judicial como la asunción, valoración y raciocinio lógico conforme los hechos litigiosos.

5. Tradicionalmente se han determinado algunos tipos de prueba, éstos son enunciados por la normativa procesal de diversos tipos. Esta enumeración comprende, principalmente, la confesión judicial, prueba documental, prueba testimonial, inspección judicial e informes de peritos e interpretes. Cada una con su procedimiento específico, fuerza probatoria determinada en la ley, características y una jerarquía encabezada por la primera, pudiendo su contenido acabar el juicio e inclusive originar sentencias fuera del juicio como el caso del reconocimiento de paternidad.
6. Se han implementado nuevos medios probatorios, específicamente los del tipo electrónico, los mismos que mediante una ley especial han quedado regulados en el sistema jurídico ecuatoriano. Las normas constitucionales vigentes y el resto de la legislación ordinaria configuran un espectro de normas relativas a ellos. Primordialmente la Carta Magna establece derechos propios de los ciudadanos como la libertad de pensamiento y expresión del mismo, además otros derechos intrínsecos a las comunicaciones como la inviolabilidad y secreto de la correspondencia, el

mismo que se debe aplicar a todos los sistemas comunicacionales. Existe por otro lado el derecho a la libertad de contratación por cualquier medio reconocido por la ley y en obediencia a las solemnidades exigidas por ella. En otra esfera se identifica el derecho al debido proceso; en caso de pruebas se deben respetar muchas reglas sobre la producción de las mismas, su obtención sin apego a reglas pertinentes de la legislación les resta valor probatorio ante cualquier autoridad. Adicionalmente se debe respetar el sistema judicial y sus fines de tutela efectiva, imparcial y expedita. Implica la obligación de los jueces de hacer respetar la norma y los derechos reconocidos en materia procesal como la producción dispositiva de la prueba, la interposición de recursos y la eficaz administración de justicia.

7. La prueba electrónica se expresa en algunos tipos probatorios. El primero de ellos el denominado mensaje de datos, el mismo que se ha tratado en la LCE. Son conservados en discos rígidos y otros dispositivos aptos para su creación, modificación, almacenamiento, eliminación, etc. Se les reconoce la misma capacidad probatoria de los documentos tradicionales, tanto para la conservación y creación de información conforme los requerimientos de la ley. El mensaje de datos será considerado enviado y su lugar de origen y destino se regulan por la ley especial; obligan a su titular según el tenor de su contenido, el mismo que es considerado íntegro junto a los otros mensajes e información consignada directamente, gozan de protección de confidencialidad y reserva, su contenido puede ser el mismo de documentos físicos desmaterializados. Se reconocen las transacciones mercantiles, financieras y de servicios. Los mensajes de datos deberán contar con firma

digital para estar dotados de la presunción cabal de validez jurídica. El mensaje de datos válido es aquel que conserva un soporte material, contiene un mensaje, escrito en un determinado lenguaje o código y debe atribuirse a un sujeto. Se permite a las instituciones públicas y sus autoridades, incluyendo a notarios y otros fedatarios la competencia para emitir documentos públicos electrónicos debiendo firmarlos electrónicamente. Otro de los novedosos medios probatorios electrónicos es la firma electrónica o digital, la misma que se define en el Art. 13 de la LCE así *“son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos”*. Se asimila a la firma manuscrita en sus funciones, pero resulta un método más confiable por la dificultad de su falsificación. Las firmas electrónicas deben cumplir con requisitos como individualidad y vinculación al titular, permitir la verificación fehaciente de la autoría del mensaje de datos, su método de creación y verificación debe ser de comprobada eficiencia y utilidad para garantizar fehacientemente garantías propias de los medios de comunicación electrónica, debe estar a disposición única de su titular, el control debe ser exclusivo de él. La firma electrónica obliga a su titular según el contenido de los mensajes que constan de ella, lo identifica y atribuye niveles de responsabilidad. El certificado de firma electrónica es otro de los medios probatorios, de tipo accesorio ya que no constituye prueba por si solo y requiere la existencia de una firma electrónica principal, consiste en un mensaje de datos elaborado

y emitido por una entidad certificadora, su objetivo es verificar los datos de la firma electrónica y dotarla de mayor poder probatorio, así como aseverar su confiabilidad y autenticidad. Es deber del emisor del certificado verificar toda la información de la firma electrónica e inclusive se puede ampliar el contenido del certificado, incluyendo información financiera y otros datos que respaldan al titular de la firma. Debe cumplir con requisitos como identificación del organismo certificador, su domicilio, la información del titular, el método de verificación utilizado en su emisión, su fecha de puesta en vigor y la de su caducidad, la firma del organismo certificador y si tiene limitaciones la especificación de éstas.

8. Los medios probatorios electrónicos están sujetos a la aplicación particular de la teoría de la prueba, al ser un medio de expresión del pensamiento, voz y voluntad humanos se les atribuye la naturaleza documental; beneficiados por el principio de aptitud natural probatoria tal como los documentos tradicionales. Se distingue el principio de neutralidad tecnológica, según el cual toda evidencia digital deberá ser admitida, practicada y calificada sin importar los medios que se han usado para generarla. En general la prueba electrónica se distingue en varias categorías, dependiendo los medios usados para generarla y almacenarla.
9. Doctrinariamente se otorga valor probatorio a los documentos electrónicos por ser asimilados a instrumentos físicos, sin embargo aquéllos pudieran arrojar mayores ventajas sobre éstos ya que garantizan el poder de prueba y veracidad de contenidos, su falsificación es posible, pero mucho más complicada ya que requiere conocimientos informáticos, criptográficos y de otras materias que no siempre son de conocimiento de las personas. Su

contenido puede ser expresado en distintos formatos, por ejemplo voz, texto, video, imagen, datos, cálculos y en general toda manifestación del pensamiento humano. Los documentos electrónicos y mensajes de datos se protegen por el principio de aptitud natural probatoria que consiste en uno de los principios generales del derecho, propio de toda prueba documental; existen unas que ofrecen mayor veracidad que otras, la equiparación se da gracias a las ventajas que los nuevos medios electrónicos ofrecen sobre sus pares expresados sobre papel.

10. La categoría de prueba electrónica distingue además dos tipos de documentos, aquellos que contienen una firma digital y otros que no. Los primeros gozan de una presunción legal, mientras que los segundos del principio de aptitud natural probatoria. Se afirma, los primeros son superiores en todas las garantías. Sin embargo existe la posibilidad de asegurar la fuerza probatoria de los no firmados electrónicamente, si se requiere, mediante examen pericial. En todo caso prima la manifestación del libre criterio judicial y la sana crítica en los cuales prima el principio de neutralidad tecnológica, se presenta la presunción de buena fe, el dolo y la falsificación deben ser comprobados mediante el mecanismo establecido por la ley, el examen del experto.

11. El poder probatorio de los medios electrónicos se manifiesta en la posibilidad de probar multiplicidad de hechos, con sujeción a la carga de la prueba dependiendo del tipo de proceso y las alegaciones vertidas en la demanda y su contestación. Adicionalmente se da la posibilidad de celebrar contratos con su uso, siempre que éstos no requieran solemnidades sustanciales propias de los actos civiles e inclusive mercantiles. La evidencia electrónica

en materia penal se manifiesta de muchas maneras, estos medios pueden ser instrumentos de delitos tradicionales y existen nuevos tipos penales específicos y que atentan contra las normas establecidas para regular estos temas, se requieren exámenes especiales sobre las actividades delictivas que muchas veces no dejan rastro o éste es más difícil de detectar.

12. El procedimiento de prueba electrónica requiere la presentación en el formato en que se ha creado el archivo y la transcripción al papel. Puede ser impugnada en el término de tres días, para lo cual se debe exigir la designación de un perito con el fin de presentar un informe, con este objeto se debe reproducir los archivos y entregárselos a cuantas partes existan en el proceso, se garantiza los derechos a la defensa y de impugnación. El examen del experto pudiera desvirtuar el documento firmado electrónicamente, asimismo se debe procurar la revisión de los certificados nacionales y extranjeros. Por otro lado en mensajes de datos que carecen de suscripción digital se deben asegurar sus cualidades, esto se logra mediante la misma experticia que deberá determinar los grados de fiabilidad y de garantías del medio.

13. La valoración judicial de la prueba electrónica requiere la formulación de principios y parámetros específicos. Los generales ya fueron enunciados previamente, un ejemplo de esto es la aplicación de reglas de sana crítica y libre criterio judicial. Se adhiere además el principio inquisitivo aplicado a la prueba penal, por el cual la presentación y apreciación de pruebas siempre se sujetan a lo dispuesto por las autoridades que dirigen el proceso. En general los documentos y medios de comunicación que se usan como

prueba deben ser orientados por garantías: autenticidad, integridad, originalidad, no repudio, confidencialidad y veracidad.

14. En Ecuador se ha decidido en pocos casos laborales con base a pruebas electrónicas en la esfera judicial, sin embargo la poca jurisprudencia emitida por los representantes del Estado permite entender sus requerimientos, que son los mismos establecidos en la ley como en el caso.
15. Los documentos y datos que se transmiten en las redes actuales pudieran perder su poder probatorio al ser manipulados por terceros. Los sistemas de redes nunca son del todo fiables, su seguridad puede ser mayor o menor dependiendo del manejo que se dé a los terminales. La solución a esto es el manejo de medidas preventivas de seguridad de sistemas informáticos a cargo de sus propietarios y encargados de su seguridad. Consisten en medidas preventivas y que no siempre son eficaces frente a ataques de terceros dolosos capaces de manipularlos.
16. Además de las amenazas previamente enunciadas existe la posibilidad de duplicar la evidencia digital de tal forma que esta manipulación podría aparecer como legítima y los documentos electrónicos originales ser tomados como falsificaciones, sin embargo estos problemas se pueden solventar y clarificar mediante exámenes periciales a cargo de expertos en duplicidad de documentos y evidencia electrónica.
17. La expedición de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, a pesar de consistir un acto necesario y requerido por largo tiempo ya, adolece de errores de forma y de fondo. La concordancia de algunas de sus normas con el Reg. LCE no es cabal y se desobedecen algunos de los preceptos, ante lo cual primará la ley especial. Es deber del

futuro Legislativo reformar los errores en que incurre la ley y del Ejecutivo realizar los cambios necesarios en el Reglamento.

18. Las normas aplicables en el nivel internacional dependerán mientras tanto del derecho de este tipo y las soluciones que tradicionalmente se han dado para la prueba documental tradicional. Esto deberá ser así mientras entra en vigor la Convención de ONU sobre Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en Contratos Internacionales, la misma que deberá ser firmada y ratificada por el Ecuador si es que se desea mantener lazos con la comunidad internacional, de lo contrario el país quedaría aislado en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

- BRENNAN Ramón, Internet y Privacidad. Reflexiones sobre la Sociedad de la Información y La recolección de Datos On Line, Publicado por ALTMARK, Daniel (Dir.), Informática y Derecho, Aportes de la Doctrina Internacional, ED. Lexis Nexis, Bs. As., 2002.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, ED. Heliasta, Bogotá, 2000.
- CABRERA, Benigno, Teoría general del proceso y la prueba, ED. Gustavo Ibáñez, Bogotá 1996.
- CAFFERATA NORES, José, La Prueba en el Proceso Penal, ED. De Palma, Bs. Aires, 1998.
- CARLINO P., Bernardo, Firma digital y derecho societario, Ed. Rubinzal Culzon, Buenos Aires, 2001.

- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de la prueba judicial, T. I, ED. Rubinzal Culzon, Bs. As., 2000.
- DEVOTO, Mauricio, Comercio Electrónico y Firma Digital, ED. La Ley, Buenos Aires, 2001.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua.
- FERNANDEZ, Delpech Horacio, Internet, su problemática jurídica, ED. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2000.
- GAETE González, Eugenio, Instrumento público electrónico, Barcelona, Ed. Bosch, 2000.
- GARCÍA Falconí, El juicio especial por acción de hábeas data, Quito, 2000.
- JARAMILLO Sarmiento, Diego, La prueba y la valoración de la prueba en materia civil, teniendo en cuenta el derecho al debido proceso previsto en la Constitución Política del Estado, Programa Académico de especialización Superior en Derecho Procesal, UASMBQ, 2005.
- Ministerio Público del Ecuador, Manual de manejo de evidencias digitales y entornos informáticos, Quito, 2007.
- ORDOÑEZ Vásquez, Grace, El documento electrónico en la legislación ecuatoriana, Monografía de especialización en Derecho y Gestión de telecomunicaciones, UASMQ, 2003.
- PAEZ, Juan, José, Manual de Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, CEP, Quito, 2005.
- PETIT, Eugène, Tratado Elemental de Derecho Romano, ED. Porrúa, México, 2000.
- RIOFRÍO, Juan, La Prueba Electrónica, Ed. Temis, Bogotá, 2004.

- SILVA MELERO, Valentín, La Prueba Procesal, ED. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- TORRES, Chaves, Efraín, Breves Comentarios a la Ley de Comercio Electrónico, CEP, Quito, 2003.
- VILABOY, Lotario, El denominado documento electrónico como medio de prueba en el proceso civil, Publicado en Comercio electrónico e Internet, José Antonio Gómez (Dir.), ED. Marcial Pons, Madrid, 2001.

Linkografía:

- <http://bonfante.wordpress.com/2007/04/18/expresiones-y-aforismos-juridicos-latinos/>
- Cano M. Jeimy, Conceptos y retos en la atención de incidentes de seguridad y la evidencia digital, en Revista de Derecho Informático Alfa-redi No. 47 de junio de 2002, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1507>.
- Cano M. Jeimy, Admisibilidad de la Evidencia Digital: Algunos elementos de revisión y análisis en Revista de Derecho Informático Alfa-redi No. 61 de agosto de 2003, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1304>.
- Cano Jeimy, Concepto Extendido de la Mente Segura: Pensamiento Sistémico en Seguridad Informática, en Revista de derecho informático Alfa-redi No. 89 de diciembre de 2005, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=3932>.

- Cano Jeimy, Estrategias anti-forenses en informática: Repensando la computación forense, en Revista de Derecho Informático Alfa-redi No. 110 de septiembre de 2007, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=9608>.
- <http://www.computercop.com/>
- http://www.logicube.com/logicube/articles/fbi_uses_logicube_evidence.asp
- www.conatel.gov.ec/site_conatel/index.php?option=com_content&view=article&id=382:la-certificacion-de-informacion-de-la-firma-digital-cuenta-con-regulacion-del-conatel&catid=46:noticias-articulos&Itemid=184
- <http://www.eumed.net/cursecon/ecoinet/seguridad/asimetrica.htm>
- Fernandez Acevedo Fernando, Responsabilidad Civil de los Prestadores de Servicios de Certificación, publicado en Revista de Derecho Informático Alfa-redi núm. 51 de octubre de 2002, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1422>
- GICO JR., Ivo Texeira, O documento eletrônico como meio de prova no Brasil, en revista electrónica REDI, núm. 50 de septiembre de 2002, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1454>.
- Gómez, Leopoldo Sebastián, Marco normativo para el desarrollo de pericias informáticas, en revista REDI, núm. 42, enero 2002, <http://vlex.com/vid/argentina-normativo-pericias-informaticas-122758>.
- Hess Araya, Christian, Diccionario de Derecho Informático, publicado en <http://www.hess-cr.com/secciones/dere-info/diccionario/c.shtml>
- Leiva, José, El Documento Electrónico, publicado en <http://www.monografias.com/trabajos7/delec/delec.shtml>

- Martínez Barbieri Mónica Susana, Contrato de Scrow de Código Fuente, publicado en revista informática Alfa-redi, No. 80 de marzo de 2005, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=964>.
- <http://www.nic.ec/home>
- Paiva Simon Claudio Antonio, Scam, phishing e pharming as fraudes praticadas no ambiente Internet Banking e sua recepção no Brasil, en Revista de derecho informático Alfa-redi No. 105 de Abril de 2007, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=9077>.
- Prieto Diana Bogota , Moreno Peña Claudia , Evidencia Digital en Colombia: Una reflexión en la práctica, publicado en Revista de Derecho Informático Alfa-redi núm. 107 de junio de 2007, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=9330>.
- REYES, KRAFFT, Alfredo Alejandro, La firma electrónica <http://www.razonypalabra.org.mx/libros/libros/firma.pdf>.
- RIOFRÍO, Juan Carlos, Eficacia probatoria de los documentos electrónicos, publicado en http://works.bepress.com/juan_carlos_riofrio/10/
- Salgueiro Araujo, Jose, Documento Electrónico Original, en revista Alfa-redi núm. 100 de noviembre de 2006, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=7840>
- <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Julio/RC-0340-300702-001030>
- http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention_status.html
- Vilorio, Mónica, Los Mensajes de Datos y la prueba de los negocios, actos y hechos con relevancia jurídica soportados en formatos electrónicos,

publicado en Revista de Derecho Electrónico Alfa-redi núm. 36 de julio de 2001, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=73>

- <http://www.wikipedia.org>

Legislación

- Constitución de la República del Ecuador.
- Código de Procedimiento Civil.
- Código Civil.
- Código de Comercio.
- Código Penal
- Código de Procedimiento Penal.
- Código de Procedimiento Civil Colombiano
- Código Tributario
- Convención de Naciones Unidas sobre Utilización de Comunicaciones Electrónicas en Contratos Internacionales.
- Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos.
- Ley sobre inmunidades, privilegios y franquicias diplomáticas.
- Ley Especial de Telecomunicaciones.
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- Ley modelo de firma electrónica UNCITRAL.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.
- Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- Ley de Propiedad Intelectual.
- Reglamento de la Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos.

- Reformas al Reglamento de la Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos.

ANEXO 1: Clasificación de prueba

Se enuncia las siguientes clasificaciones³⁰⁹:

Función {
Directas: muestran los hechos manifiestamente.
Indirectas: por medio de otro objeto u hecho.
Históricas: presentan perspectivas sobre hechos pasados.
Críticas: Someten a la certeza a objeciones.

Estructura {
Personales
Reales

{
Del juez

³⁰⁹ CABRERA, Benigno, Ob. Cit., Pág. 353 a 354.

Como se aducen en el proceso	De las partes Terceros
Asunción	{ Constituidas: documentos y anticipos de prueba. Por constituir: las que se piden durante el proceso.
Contradicción	{ Sumarias: las que no han sido controvertidas. Controvertidas: conocidas por la contraparte antes o durante el proceso, se opone al contenido.
Resultado	{ Plenas o perfectas: La dan certeza al juez. Incompletas o imperfectas: No son medios de convicción para el juez.
Origen	{ Inmediatas: directamente vinculado al objeto de la prueba. Mediatas: vinculación indirecta.

El autor DEI MALESTATA ofrece la siguiente clasificación³¹⁰:

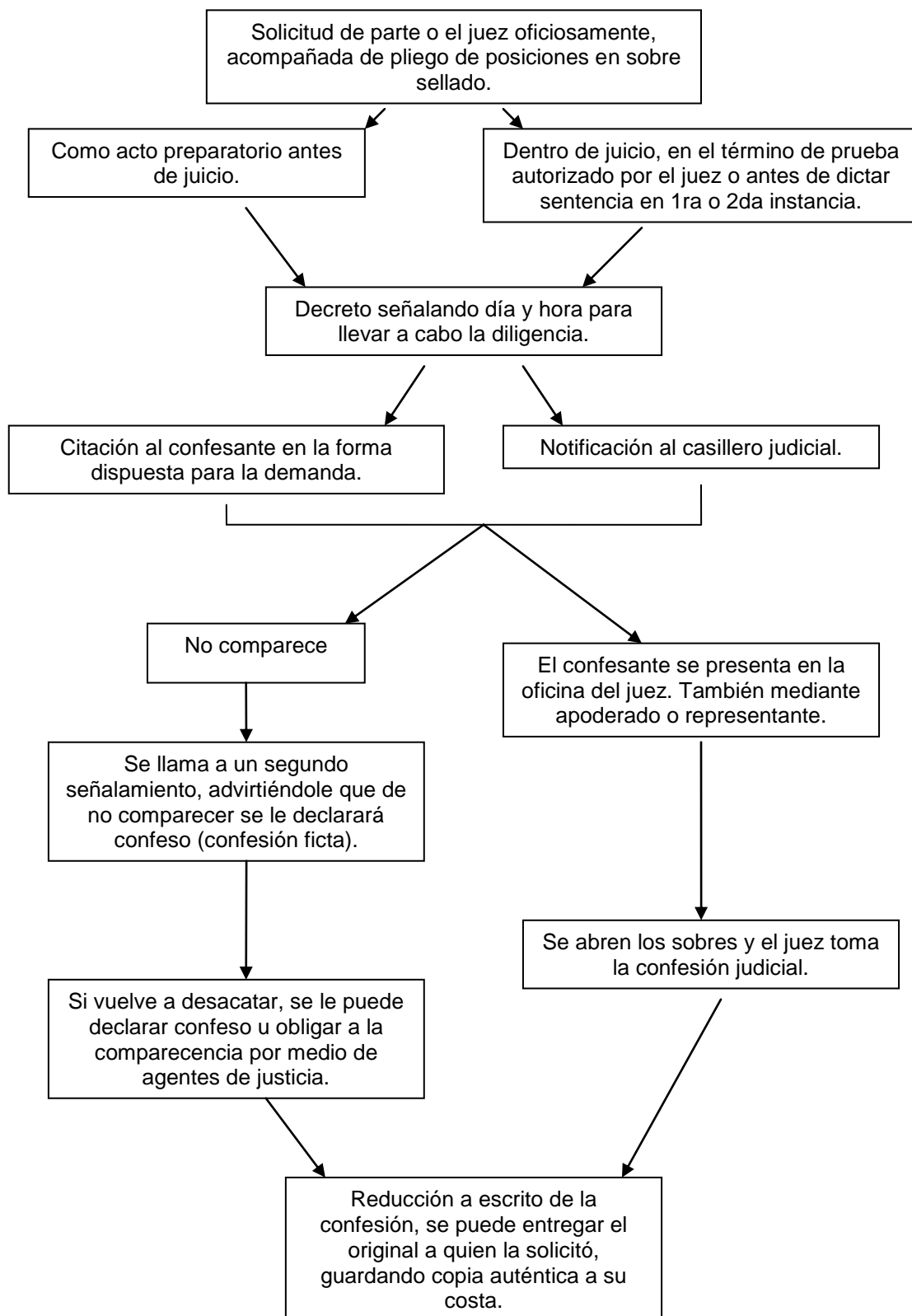
Objeto	{ Directa Indirecta
--------	------------------------

³¹⁰ FRAMARINO DEI MALESTATA, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, ED. Temis, 1978, Pág. 141. Citado por Cabrera, Ob. Cit., Pág. 354.

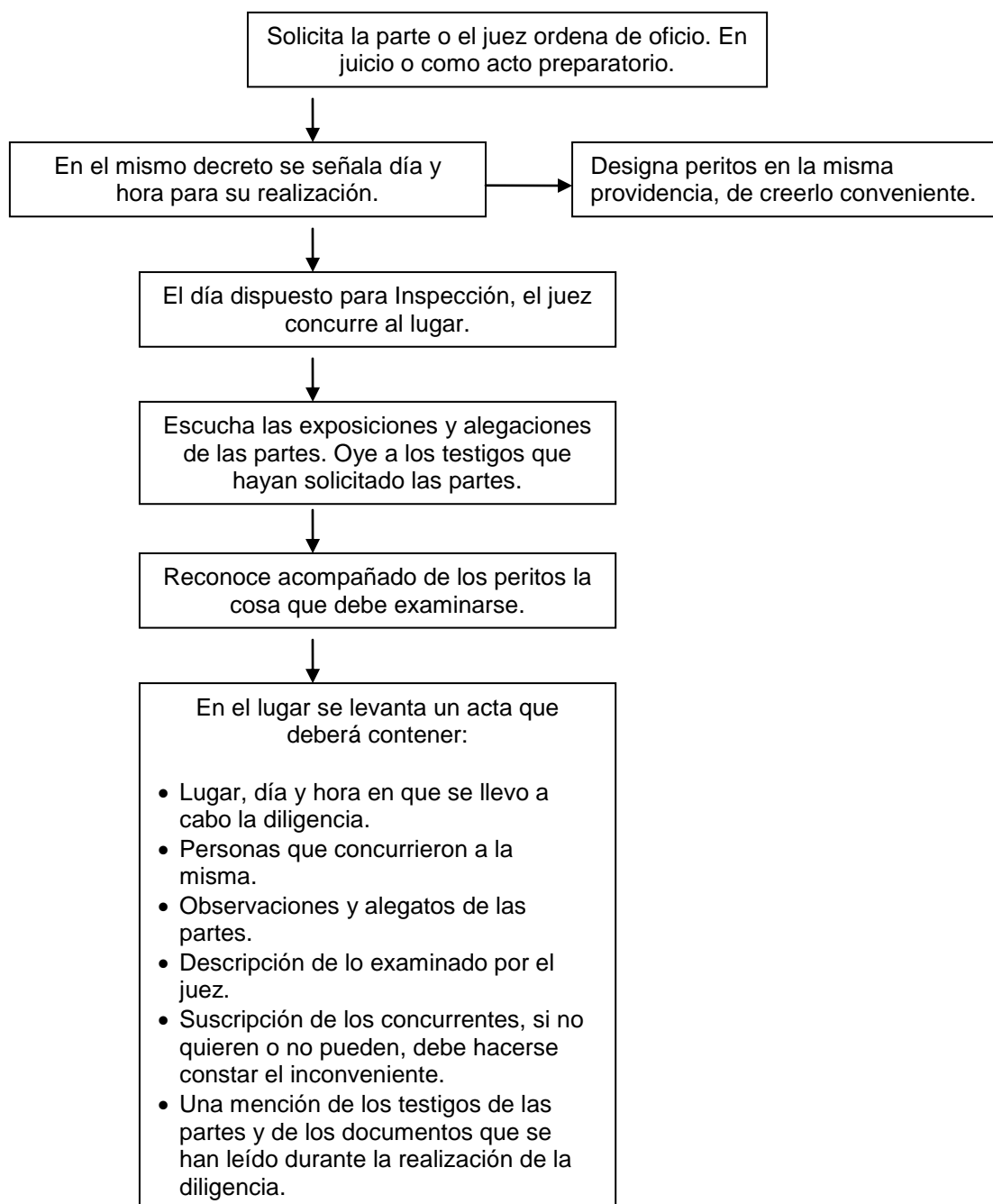


ANEXO 2: Procedimiento de Confesión

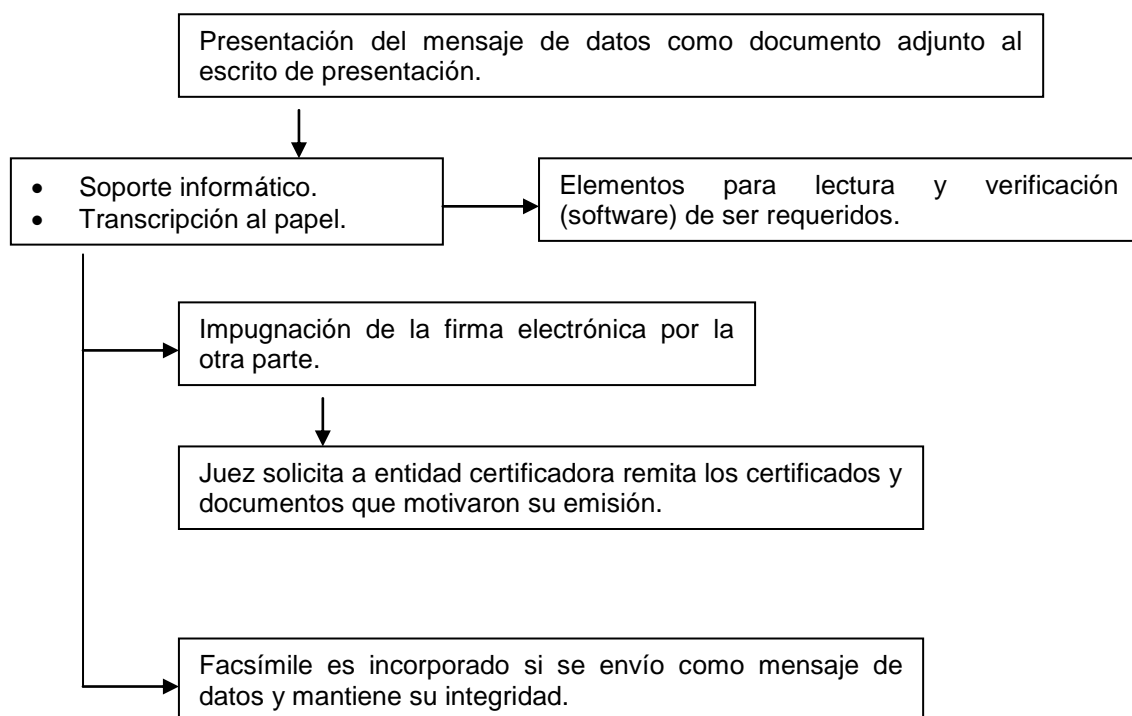
Judicial



ANEXO 3: Procedimiento de la Inspección Judicial



ANEXO 4: Procedimiento de prueba electrónica



ANEXO 5

Código	Tipo	Descripción
--------	------	-------------

AD001	Análisis de datos	Localización de archivos mediante palabras clave mencionadas por el juez.
AD002	Análisis de datos	Localización de archivos mediante palabras claves extraídas.
AD003	Análisis de datos	Localización de imágenes especificadas por el juez.
AD004	Análisis de datos	Localización de imágenes obtenidas de archivos
AD005	Análisis cronológico de datos	Identificación de fechas de creación, acceso o modificación de archivos y documentos.
AD006	Análisis cronológico de datos	Identificación de fechas de creación, acceso o modificación de correos electrónicos.
AD007	Análisis cronológico de datos	Identificación de entradas y salidas de usuarios.
AD008	Análisis cronológico de datos	Identificación de acceso a sitios electrónicos.
CE001	Consulta específica	Especificar el equipo que se necesita para ejecutar un sistema informático.
CE002	Consulta específica	Especificar los tipos de sistemas de almacenamiento utilizados.
CE003	Consulta específica	Especificar la capacidad de almacenamiento de sistemas.
CE004	Consulta específica	Determinar similitudes o diferencias, en los listados de código fuente.
CE005	Consulta específica	Especificar que módulos componen el sistema.

CE006	Consulta específica	Determinar si el sistema trabaja por lotes ³¹¹ o en forma interactiva ³¹² .
CE007	Consulta específica	Determinar cuando dos sistemas son similares, según la estructura de datos.
CE008	Consulta específica	Responder a las preguntas generales sobre la ejecución del sistema,

³¹¹ Se conoce como **procesamiento por lotes**, o modo *batch*, a la ejecución de un programa sin el control o supervisión directa del usuario.

http://es.wikipedia.org/wiki/Procesamiento_por_lotes visitada el 17 de noviembre a las 17h55.

³¹² Se denomina **Procesamiento Interactivo** a la ejecución de un proceso en un *procesador* que requiere la interacción con el usuario.

http://es.wikipedia.org/wiki/Procesamiento_interactivo visitada el 17 de noviembre de 2008, a las 17h59.